

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUCAS RITZMANN ENGEL

A (IM)PRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO

Florianópolis

2014

LUCAS RITZMANN ENGEL

A (IM)PRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Carlos Cancellier de Olivo

Florianópolis

2014



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**A (im)prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Lucas Ritzmann Engel**, defendida em **14/07/2014** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 14 de Julho de 2014.

\_\_\_\_\_  
Professor(a) Orientador(a)  
Luis Carlos Cancellier de Olivo

\_\_\_\_\_  
Membro de Banca  
Aor Steffens Miranda

\_\_\_\_\_  
Membro de Banca  
Gabriela Bechara



Dedico este trabalho a  
Delgídio Martinho Percy Engel (*in memoriam*)

## **AGRADECIMENTOS**

Qualquer trabalho executado é resultado de certa comunhão de esforços que, direta ou indiretamente, contribuem das mais variadas formas, de modo que elencar todas ou distinguir seus mais variados graus de importância se torna tarefa hercúlea, para não dizer impossível. Essa dificuldade, entretanto, não diminui o brilho e nem afasta a necessidade desses agradecimentos.

Primeiramente, agradeço a toda minha família. Aos meus pais, Carlos e Ana, por todo esforço e dedicação sobre minha formação, tanto acadêmica como pessoal e humana. Aos meus irmãos, Thiago e Priscila, pelo companheirismo que se mantém desde a infância.

Votos de gratidão, também, ao corpo docente da Universidade Federal de Santa Catarina, pela excelente qualificação e prontidão. Em especial, ao meu orientador, Prof. Dr. Luiz Carlos Cancellier de Olivo.

Agradeço a todos os meus colegas de curso, cuja companhia, nesses agradáveis cinco anos, foi essencial.

Necessário destacar agradecimentos aos colegas Alisson Julian, Daniel Salomon Guimarães e Douglas Jurek, não só pelo companheirismo durante o curso, mas pela contribuição que tiveram neste trabalho. Os debates, as indicações e os empréstimos de livros foram essenciais ao desenvolvimento do tema que, mesmo ante a simplicidade das pretensões deste trabalho, revelou-se uma tarefa árdua, embora igualmente gratificante.

Também registro agradecimento a todos da 26ª Promotoria de Justiça da Capital (Dr. Aor S. Miranda, Ariane Z. Machetti, Diogo J. Leal, Isa Maria, Moacyr S. Coelho Neto, Rodrigo F. Brelinger e Valter Rosa), pelo enriquecedor convívio diário.

À Ana Beatriz Koslosky, que sabe o porquê.

## RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso pretende abordar o tratamento que a doutrina nacional concede à questão da (im)prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, partindo de um paradigma que, prestigiando a filosofia no Direito, considere a hermenêutica com moldes antimetafísicos de cunho linguístico-fenomenológico, superando o esquema sujeito-objeto. Essa nova concepção pode revelar que várias das teses defendidas pelos mais célebres juristas nacionais apresentam antagonismos em sua essência. O grande empecilho de muitos dos entendimentos acerca do tema consiste na tentativa, sempre frustrada, de retirar do texto alguma verdade que sempre esteve lá, desde sua produção, ou que possa ser conhecida pelo intérprete através do uso ferramental da linguagem, como se esta pudesse ser compreendida como mero instrumental do sujeito para encontrar a verdade. Através da filosofia, com aporte teórico nas teses de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, pode-se desconstruir a crença nessa relação sujeito-objeto, mediante a noção do círculo hermenêutico, o qual revela que o intérprete sempre compreende mediante seus próprios preconceitos e que essa compreensão se dá antes mesmo da interpretação. Esse novo paradigma, segundo o qual a compreensão ocorre dentro da própria linguagem, permite que se trabalhe de um modo através do qual os preconceitos ilegítimos possam ser descartados para que, desse modo, o intérprete não mais compreenda conforme sua própria consciência, mas tenha a possibilidade de interpretar o texto em si, construindo um significado que, embora não seja único nem eterno, seja verdadeiro para seu momento e lugar. Apresenta-se, para tanto, um conjunto de princípios hermenêuticos necessários para tornar possível uma interpretação verdadeira do dispositivo sob análise, superando não só a discricionariedade, que chega a ser até mesmo assumida por alguns intérpretes, mas também a consciência repressora dos que acreditam poder encontrar a verdade real do texto, como que num positivismo exegetico, há muito superado.

**Palavras-chave:** ação de ressarcimento ao erário; doutrina; texto constitucional; linguagem; círculo hermenêutico; princípios hermenêuticos; verdade filosoficamente construída.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO 1 – DEFINIÇÃO DE PRESCRIÇÃO E SUA INCIDÊNCIA NO DIREITO PÚBLICO.....</b>	<b>12</b>
<b>1.1 Definição de prescrição.....</b>	<b>12</b>
<b>1.2 Prescrição no Direito Público.....</b>	<b>14</b>
1.2.1 Prescrição da pretensão do administrado a pleitear direito na via administrativa.....	14
1.2.2 Prescrição das ações judiciais do administrado contra o Poder Público.....	15
1.2.3 “Prescrição” da possibilidade de a Administração prover, ela própria, sobre certa e específica situação.....	17
1.2.4 Prescrição das ações judiciais movidas pela Administração contra o Administrado.....	18
<b>CAPÍTULO 2 – HISTÓRICO E PLURALIDADE DAS TESES QUANTO À (IM)PRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO.....</b>	<b>13</b>
<b>2.1 Histórico sobre o tratamento do tema pelas constituições.....</b>	<b>13</b>
2.1.1 Constituição de 1824.....	20
2.1.2 Constituição de 1891.....	20
2.1.3 Constituição de 1934.....	21
2.1.4 Constituição de 1937.....	22
2.1.5 Constituição de 1946.....	22
2.1.6 Constituição de 1967.....	23
2.1.7 Emenda constitucional nº 1, de 1969.....	24
2.1.8 Constituição de 1988.....	25
<b>2.2 Teses da prescritibilidade.....</b>	<b>27</b>
2.2.1 Ada Pellegrini Grinover.....	27

2.2.2 Rita Adréa Rehem Almeida Tourinho.....	27
2.2.3 Clito Fornaciari Júnior.....	28
2.2.4 Elody Nassar.....	29
2.2.5 Celso Antônio Bandeira de Mello.....	30
2.2.6 Marcelo Colombelli Mezzomo.....	31
<b>2.3 Teses da imprescritibilidade.....</b>	<b>31</b>
2.3.1 José Afonso da Silva.....	31
2.3.2 Maria Sylvia Zanella Di Pietro.....	32
2.3.3 Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves.....	32
2.3.4 Sérgio Monteiro Medeiros.....	33
2.3.5 Wallace Paiva Martins Júnior.....	33
2.3.6 Marcelo Figueiredo.....	34
2.3.7 José Adércio Leite Sampaio.....	34
2.3.8 José Jairo Gomes.....	34
2.3.9 Edilson Pereira Nobre Júnior.....	35
2.3.10 Waldo Fazzio Júnior.....	35
2.3.11 Diógenes Gasparini.....	35
2.3.12 Celso Bastos.....	36
2.3.13 Alexandre de Moraes.....	36
2.3.14 Fábio Medina Osório.....	36
<b>CAPÍTULO 3 – O DEBATE HERMENÊUTICO COM VISTAS À</b>	
<b>SUPERAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE.....</b>	<b>38</b>
<b>3.1 Apertada síntese da história da hermenêutica moderna até Gadamer.....</b>	<b>38</b>
<b>3.2 Importância de Martin Heidegger.....</b>	<b>40</b>
<b>3.3 Importância de Hans-Georg Gadamer.....</b>	<b>46</b>
3.3.1 Círculo hermenêutico e a história efetiva.....	47



3.3.2 Aplicação e experiência hermenêutica.....	49
3.3.3 Dialética de pergunta e resposta.....	52
3.3.4 Viro ontológico de Gadamer para a linguagem.....	54
3.3.5 Desenvolvimento do conceito de linguagem.....	55
3.3.6 Universalidade da hermenêutica.....	57
3.3.7 Concepção hermenêutica.....	59
<b>3.4 Positivismo, discricionariiedade e senso comum teórico.....</b>	<b>60</b>
<b>3.5 Pós-positivismo como superação da discricionariiedade.....</b>	<b>65</b>
3.5.1 Preservação da autonomia do Direito.....	70
3.5.2 Controle hermenêutico da interpretação constitucional.....	71
3.5.3 Princípio do respeito à integridade e à coerência do Direito.....	74
3.5.4 Princípio do dever fundamental de justificar as decisões.....	75
3.5.5 Princípio do Direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.....	78
<b>3.6 Análise da doutrina através da hermenêutica com moldes antimetafísicos de cunho linguístico-fenomenológico.....</b>	<b>79</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>84</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>88</b>

## INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso possui estreita relação com a Filosofia, Filosofia do Direito Constitucional e Teoria do Direito. O tema central que será abordado é a construção do pensamento doutrinário acerca da (im)prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário.

Anteriormente, a questão objeto deste trabalho era tida, por alguns, como pacífica. Houve, entretanto, uma crescente adesão à corrente que sustenta a prescritibilidade dessas ações, gerando intensa desarmonia tanto doutrinária quanto jurisprudencial.

A doutrina, desempenhando seu imprescindível ofício, construiu diversas teses com o escopo de formar opinião e pacificar entendimentos. A partir disso, o tema deste trabalho encontra sua delimitação, por ser muito mais a investigação do nascedouro da fundamentação que culmina na conclusão, do que esta propriamente dita.

Os juristas brasileiros contam com uma considerável gama de opiniões doutrinárias, que possuem variadas conclusões. Pode-se encontrar opiniões no sentido da imprescritibilidade, da prescritibilidade em cinco anos com base no Direito Público, da prescritibilidade em vinte anos com base no Direito Civil etc. O problema é em que termos as opiniões doutrinárias são construídas ou “encontradas”, seria o intérprete alguém que constrói ou encontra a verdade? Como diz que a encontrou ou a construiu?

Neste trabalho, será realizado um estudo tanto das causas do modo pelo qual se constituiu a doutrina brasileira acerca do tema, como de seus efeitos. Para tanto, não se restringirá a análise em uma abordagem apenas teórica ou meramente pragmática. Não se tentará cindir abstração e práxis, tanto por ser impossível como por ser indesejável. Como bem diz Heidegger: *etwas als etwas*.

A importância da pesquisa é a mesma da construção do pensar o (no) Direito. Se as interpretações, as decisões, são importantes no Direito, também será igualmente importante pensar sobre como elas vêm à tona e sobre como devem ser tratadas após tal momento. Tão importante quanto a resposta que se espera, se é prescritível ou imprescritível, é a questão de como se compreendeu e de como se interpretou. Também importa saber se a resposta a ser dada será, necessariamente, um ponto de chegada ou, eventualmente, apenas um ponto de

parada, para que se possa apreender a postura correta ante a tradição tanto no quanto do Direito.

A primeira seção tratará do instituto da prescrição, iniciando-se pela abordagem que recebeu no Direito Privado para, então, culminar no tratamento recebido no âmbito do Direito Público, quando a análise será um pouco mais minuciosa, mas dentro das possibilidades deste trabalho que, modestamente, não chega a ter a aspiração de exaurir o tema.

Na segunda seção será discorrido, ainda que brevemente, acerca do tratamento histórico dado à questão do dano ao erário, bem como da moralidade administrativa, pelas constituições brasileiras, desde a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, até a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Por fim, serão apresentadas as teses levantas por diversos e ilustres autores brasileiros.

Na terceira e última seção, será refletido sobre a história da hermenêutica moderna, cujos primórdios foram marcados pela incessante tentativa dos intérpretes de descobrir a verdade do texto, que seria material e definitiva.

A análise histórica, realizada sob o enfoque dado por Gadamer, termina em Heidegger e o rompimento com pensamento metafísico através da viragem linguística da filosofia.

Em sequência, será dissertado sobre a importância de Gadamer na consolidação da viragem linguística na filosofia, quando serão abordados conceitos essenciais como os de círculo hermenêutico, do Ser (*Dasein*), da linguagem e da resposta correta, dentre outros.

Em que pese a complexidade dos autores e de sua filosofia, este trabalho, humildemente e uma vez compreendidos os conceitos e pensamentos de Gadamer quanto a uma hermenêutica em moldes antimetafísicos de cunho linguístico-fenomenológico, passa a discutir sobre os efeitos que esse novo paradigma produz, ou deveria produzir, sobre o Direito. É a filosofia do e no Direito.

A partir do aporte teórico trazido, o nascedouro da compreensão que culminou na fundamentação doutrinária é analisado. Só então é que a compreensão ou a interpretação doutrinária passa a ser o foco de análise para se perquirir se a “verdade” foi considerada, por cada autor, encontrada ou construída, juntamente com os necessários e respectivos porquês e como.

A aprovação deste Trabalho de Conclusão de Curso não significa o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, ao conjunto de ideias e considerações sobre os quais se fundamenta ou que nele são expostos.

## 1. DEFINIÇÃO DE PRESCRIÇÃO E SUA INCIDÊNCIA NO DIREITO PÚBLICO

### 1.1. Definição de prescrição

A *prescrição* é instituto concebido em favor da estabilidade e segurança jurídicas (objetivo, este, também compartilhado pela decadência).<sup>1</sup>

Desde a concepção do ser humano, o tempo influencia na sua vida e, conseqüentemente, em suas relações jurídicas. Desse modo, surgiu a necessidade de trazer “juridicidade àquelas situações que se prolongaram no tempo”.<sup>2</sup>

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

O instituto da prescrição é necessário, para que haja tranquilidade na ordem jurídica, pela consolidação de todos os direitos. Dispensa a infinita conservação de todos os recibos de quitação, bem como o exame dos títulos do alienante e de todos os seus sucessores, sem limite de tempo. Com a prescrição da dívida, basta conservar os recibos até a data em que esta se consuma, ou examinar o título do alienante e os de seus predecessores imediatos, em um período de dez anos apenas.<sup>3</sup>

Ainda nos termos do mesmo autor:

Câmara Leal vai buscar na doutrina romana, na pureza cristalina de sua profunda filosofia jurídica, os fundamentos da prescrição: “o interesse público, a estabilização do direito e o castigo à negligência; representando o primeiro o motivo inspirador da prescrição; o segundo, a sua finalidade objetiva; o terceiro, o meio repressivo de sua realização. Causa, fim e meio, trilogia fundamental de toda a instituição, devem constituir o fundamento jurídico da prescrição”.<sup>4</sup>

É interessante o ponto trazido por Sílvio de Salvo Vesnosa, demonstrando que, embora a prescrição possa, muitas vezes, parecer trazer alguma injustiça, esta impressão é superada pelas vantagens por ela propiciadas ao convívio social.

Num primeiro contato, e para os não iniciados na ciência jurídica, a prescrição pode parecer injusta, pois contraria o princípio segundo o qual quem deve e comprometeu-se precisa honrar com as obrigações assumidas. Contudo, como pretendemos demonstrar, a prescrição é indispensável à estabilidade das relações sociais. O adquirente precisa ter essa aquisição estabilizada e não pode ficar sujeito indefinidamente a eventual ação de reivindicação. Esse mesmo adquirente, ao efetuar o negócio, deve certificar-se de que a propriedade adquirida efetivamente pertence ao alienante e que, no prazo determinado pela lei, esse bem não tenha sofrido turbacão. Não fosse assim, o adquirente nunca poderia ter certeza de estar

---

<sup>1</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 1038.

<sup>2</sup> AMARAL, Francisco; RODRIGUES, Sílvia *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 510.

<sup>3</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. 1, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 511.

<sup>4</sup> GONÇALVES, loc. cit.

adquirindo bem livre e desembaraçado, porque teria de investigar, retroativamente, por tempos imemoriais, as vicissitudes do bem que adquiriu.

Não fosse o tempo determinado para o exercício dos direitos, toda pessoa teria de guardar indefinidamente todos os documentos dos negócios realizados em sua vida, bem como das gerações anteriores.<sup>5</sup>

Muitos autores se prestaram a fornecer definição da prescrição no âmbito do Direito Privado.

“Segundo Pontes de Miranda, a prescrição seria uma exceção que alguém tem contra o que não exerceu, durante um lapso de tempo fixado em norma, sua pretensão ou ação.”<sup>6</sup>

“Câmara Leal a define como ‘a extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso’.”<sup>7</sup>

“Para Clóvis Beviláqua, prescrição extintiva ‘é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela, durante determinado espaço de tempo’.”<sup>8</sup>

Assim dispõe o art. 189, do novo Código Civil: “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

A violação do direito, que causa dano ao titular do direito subjetivo, faz nascer, para esse titular, o poder de exigir do devedor uma ação ou omissão, que permite a composição do dano verificado. A esse direito de exigir chama a doutrina de pretensão, por influência do direito germânico (*anspruch*). A pretensão revela-se, portanto, como um poder de exigir de outrem uma ação ou omissão.<sup>9</sup>

É possível dizer que a prescrição possui três requisitos: I) a violação do direito; II) a inércia do titular e III) o decurso do tempo fixado em lei.<sup>10</sup>

Ante o exposto, percebe-se que a pretensão é materializada através de uma ação. Na sistemática do Código Civil, a prescrição ou ocorre em prazos especiais, que estão previstos no art. 206, ou ocorre no prazo geral de dez anos, previsão que consta no art. 205.<sup>11</sup>

Sob um primeiro olhar, poder-se-ia imaginar que não existiriam pretensões imprescritíveis na sistemática do Código Civil, uma vez que o prazo prescricional de qualquer pretensão se não se enquadrasse nas hipóteses do art. 206, enquadrar-se-ia na regra geral do

<sup>5</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 542.

<sup>6</sup> GONÇALVES, op. cit., p. 512.

<sup>7</sup> GONÇALVES, loc. cit.

<sup>8</sup> GONÇALVES, loc. cit.

<sup>9</sup> GONÇALVES, op. cit., pp. 512-513.

<sup>10</sup> GONÇALVES, loc. cit.

<sup>11</sup> GONÇALVES, loc. cit.



art. 205 <sup>12</sup>. A doutrina civilista, no entanto, aponta várias pretensões imprescritíveis, quais sejam:

- a) As que protegem os *direitos da personalidade*, como o direito à vida, à honra, à liberdade, à integridade física ou moral, à imagem, ao nome, às obras literárias, artísticas ou científicas etc.;
- b) As que se prendem ao *estado das pessoas* (estado de filiação, a qualidade de cidadania, a condição conjugal). Não prescrevem, assim, as ações de separação judicial, de interdição, de investigação de paternidade etc.;
- c) As de *exercício facultativo (ou potestativo)*, em que não existe direito violado, como as destinadas a extinguir o condomínio (ação de divisão ou de venda da coisa comum – CC, art. 1.320), a de pedir meação no muro vizinho (CC, arts. 1.297 e 1.327) etc.;
- d) As referentes a *bens públicos* de qualquer natureza, que são imprescritíveis;
- e) As que protegem *direito de propriedade*, que é perpétuo (reivindicatória);
- f) As pretensões de *reaver bens confiados à guarda de outrem*, a título de depósito, penhor ou mandato. O depositário, o credor pignoratício e o mandatário, não tendo posse com ânimo de dono, não podem alegar usucapião;
- g) As destinadas a anular inscrição do nome empresarial feita com violação de lei ou do contrato (CC, art. 1.167). <sup>13</sup>

## 1.2. Prescrição no Direito Público

No âmbito do Direito Administrativo, pode-se dizer que a prescrição pode ocorrer em quatro hipóteses: I) prescrição da pretensão do administrado a pleitear direito na via administrativa; II) prescrição de ações judiciais do administrado contra o Poder Público; III) prescrição da possibilidade de a administração prover, ela própria, sobre certa e específica situação e IV) prescrição das ações judiciais contra o administrado. <sup>14</sup>

### 1.2.1. Prescrição da pretensão do administrado a pleitear direito na via administrativa

Quanto à primeira hipótese, o prazo de que o administrado dispõe para o exercício de uma “reclamação administrativa” é de cinco anos, se alguma lei especial não estipular outro,

---

<sup>12</sup> GONÇALVES, loc. cit.

<sup>13</sup> GONÇALVES, loc. cit.

<sup>14</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 1070-1081.

conforme o teor do art. 6º do Decreto 20.910<sup>15</sup>. “Trata-se, efetivamente, de prazo prescricional, por anterior ao procedimento (processo) administrativo a ser por meio dele desencadeado”.<sup>16</sup>

Já os prazos para a interposição de recursos são previstos nas leis relativas a cada matéria. Em hipótese diversa, será necessário buscar as previsões das disposições das leis de processo administrativo federal, estadual, municipal ou distrital, conforme o caso. Nessas situações, estar-se-á diante do instituto da preclusão, por serem recursos interpostos após a instalação do procedimento (processo) administrativo.<sup>17</sup>

Importa advertir, entretanto, que, mesmo *preclusa a via administrativa*, ou estando prescrita, *nesta via*, a possibilidade de o administrado insurgir-se, por escoamento dos limites temporais próprios, a Administração não poderá ignorar sua manifestação se esta contende procedentemente o ato impugnado, salvo se já estiver prescrita na via judicial.

A razão desta assertiva é a seguinte. Como a Administração está obrigada a atender ao princípio da legalidade, não poderá contemporizar com atos violadores do direito impugnados, e terá de fulminá-los.

Neste caso, pois, o recurso ou a reclamação administrativa valerão como denúncia. Entretanto, se, por força da prescrição da ação judicial, não mais existir a possibilidade de insurgência em juízo, isto significará que decorreu o lapso de tempo a partir do qual o Direito considerou necessário promover a definitiva estabilização da sobredita situação jurídica. Daí que, como bem observou Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ante tal ocorrência, a Administração não mais poderá intervir.<sup>18</sup>

### 1.2.2. Prescrição de ações judiciais do administrado contra o Poder Público

Nos termos do Decreto 20.910, de 06/01/1932, as ações judiciais do administrado contra o Poder Público deveriam prescrever em cinco anos, como regra. É feita, entretanto, pela doutrina, uma divisão entre as ações pessoais e as ações reais, sendo que estas últimas seriam sujeitas a prazo diverso.<sup>19</sup>

Sem embargo de seus termos, como dantes se mencionou, a jurisprudência, sob o império do Código de Civil de 1916, pacificou-se, mesmo contra a dicção expressa do referido preceptivo (“qualquer direito ou ação... seja qual for sua natureza”), no sentido de que *ele só se aplica às ações pessoais*. Assim, a regra geral para ações desta natureza, isto é, ressalvadas disposições prescricionais específicas, será o prazo prescricional de cinco anos.

<sup>15</sup> Decreto, 20.910, Art. 6º: O direito à reclamação administrativa, que não tiver prazo fixado em disposição de lei para ser formulada, prescreve em um ano a contar da data do ato ou fato do qual a mesma se originar.

<sup>16</sup> MELLO, 2012, pp. 1070- 1072.

<sup>17</sup> MELLO, loc. cit.

<sup>18</sup> MELLO, 2012, pp. 1072-1073.

<sup>19</sup> MELLO, 2012, pp. 1073-1074.

Quanto às *ações reais*, sempre ao tempo do Código Civil de 1916, o prazo prescricional seria comum, isto é, de 10 anos entre presentes e de 15 entre ausentes, a teor do art. 177 do Código Civil, com redação dada pela Lei 2.437, de 07/03/1955. Este, como dito, é o entendimento da jurisprudência. Fundavam-se os julgados em que, se também as ações reais prescrevessem em cinco anos, estaria consagrada a possibilidade de o Poder Público usucapir uma propriedade em cinco anos, no que se estaria criando um usucapião especial sem expressa previsão de lei em tal sentido. Tratando-se de ação por desapropriação indireta, o prazo prescricional, na conformidade da Súmula 119 do STJ, é de 20 anos, por ser este o prazo de usucapião extraordinário, a teor do art. 550 do Código Civil de 1916, com redação dada pela citada Lei 2.437.

Atualmente, com o Código Civil de 2002, para fins de prazo prescricional, não há mais aceção entre ações pessoais e reais. No art. 205, foi fixado que a “prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”. Esta é, pois, a regra geral. Contudo, se o Supremo Tribunal Federal mantiver o mesmo critério que o orientava no passado, possivelmente entenderá que, mesmo não havendo a distinção mencionada, o prazo prescricional nas ações reais não poderá ser inferior ao da usucapião. Ocorre que no Código de 2002, são contemplados diversos prazos para a usucapião, conforme a hipótese, sendo certo que não mais se distingue entre presentes e ausentes. Afora hipóteses específicas, o prazo para usucapir independentemente de justo título e boa-fé é de 15 anos (art. 1.238) reduzível para 10 anos se o possuidor houver estabelecido sua moradia habitual no imóvel ou se nele tiver realizado obras ou serviços de caráter produtivo (parágrafo único). Também será de 10 anos o prazo, se o possuidor tiver justo título e boa-fé.

É impossível prever qual, dentre os prazos de usucapião, o STF tomará como paradigma, posto que embora se pudesse imaginar que seria lógica a adoção dos 15 anos (pois a hipótese de desapropriação indireta com boa-fé é, no mínimo, remotíssima); em abono dos 10 anos contaria a realização de obras ou a utilização para fins públicos (desde que ocorrentes um ou outro), similarmente ao previsto no parágrafo único do art. 1.238. Por isto, entendemos que a solução correta irá variar na dependência de uma ou outra destas situações.<sup>20</sup>

A prescrição quinquenal, estabelecida no Decreto 20.910, foi estendida também para abranger as autarquias, por força do art. 2º, do Decreto-lei 4.597, de 19/08/1942. Considera-se que o mesmo vale para as fundações de Direito Público.<sup>21</sup>

Prescrevem, igualmente, em cinco anos: I) a ação objetivando indenização por danos causados por pessoa de Direito Público ou de Direito Privado prestadora de serviços públicos (art. 1º C da Lei 9.494, de 10/09/1997, artigo que foi incluído pela MP 1.984-16, de 06/04/2000 [hoje, 2.180-35, de 24/08/2001]); II) a ação popular (Lei 4.717, de 26/06/1965, art. 21); III) “As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ações, contra a Fazenda Federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram” (art. 1º, do Decreto 20.910).<sup>22</sup>

<sup>20</sup> MELLO, 2012, pp. 1074-1075.

<sup>21</sup> MELLO, 2012, p. 1073.

<sup>22</sup> MELLO, 2012, pp. 1073-1081.

Existem, ainda, os prazos decadenciais, embora denominados de prescricionais, como, por exemplo, é o caso da Lei 7.144, de 23/11/1983, que fixa em um ano o prazo para exercer o direito de ação contra atos relativos a concursos para provimento de cargos e empregos na Administração Federal direta e suas autarquias, contado a partir da homologação do concurso.<sup>23</sup>

### **1.2.3. “Prescrição” da possibilidade de a Administração prover, ela própria, sobre certa e específica situação**

Primeiramente, é importante mencionar que a perda da possibilidade de que dispõe a Administração para prover sobre alguma matéria em decorrência do transcurso do prazo dentro do qual poderia se manifestar não se assemelha à prescrição. Trata-se, na verdade, de hipótese de decadência, uma vez que se tem a omissão da própria pretensão substantiva da Administração, ou seja, a omissão do tempestivo exercício de seu dever-poder.<sup>24</sup>

Quanto ao prazo decadencial de que dispõe a Administração para rever sua própria decisão, tem-se que ele jamais poderá exceder àquele correspondente ao da prescrição da ação judicial, isso porque o prazo prescricional tem a função precisa de proporcionar a estabilização das situações jurídicas.<sup>25</sup>

A Lei 9.784/1995, em seu art. 54, *caput*, traz a seguinte disposição:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Tal prazo também deve se aplicar aos contratos administrativos, pois se tal prazo é impositivo nas hipóteses em que o particular sequer concorreu para integração deles, quanto mais será nas hipóteses nas quais participou de sua criação.<sup>26</sup>

Por fim, o art. 1º da Lei 9.873/1999 fixou que

prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> MELLO, 2012, p. 1076.

<sup>24</sup> MELLO, 2012, pp. 1076-1077.

<sup>25</sup> MELLO, loc. cit.

<sup>26</sup> MELLO, loc. cit.

<sup>27</sup> MELLO, 2012, p. 1078.

Os parágrafos 1º e 2º do mencionado art. 1º ainda dispõem o seguinte:

§ 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso.

§ 2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal.

#### **1.2.4. Prescrição das ações judiciais movidas pela Administração contra o Administrado**

Não há previsão legal expressa quanto ao prazo prescricional para as ações judiciais movidas pelo Poder Público contra o administrado.

Por tal razão, muitos buscam uma resposta no Direito Civil. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, entretanto, esse não seria o entendimento mais correto. Nas palavras do próprio autor:

Remeditando sobre a matéria, parece-nos que o correto não é a analogia com o Direito Civil, posto que, sendo as razões que o informam tão profundamente distintas das que inspiram as relações de Direito Público, nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte. Antes dever-se-á, pois, indagar do tratamento atribuído ao tema prescricional ou decadencial em regras genéricas de Direito Público.<sup>28</sup>

A regra relativa às ações do administrado contra o Poder Público, como já mencionado, é de cinco anos, por força do Decreto 20.910/1932. Este é também o prazo de que o administrado dispõe para propor ações populares, nos termos do art. 21 da Lei da Ação Popular Constitucional (Lei 4.717/1965). Em nenhuma dessas leis se faz distinção entre atos nulos e anuláveis. Igual prazo, embora introduzido por normas espúrias (medidas provisórias expedidas fora dos pressupostos constitucionais), também é o previsto para a propositura de ações contra danos causados por pessoa de Direito Público ou de Direito Privado prestadora de serviços públicos, assim como para as ações de indenização ou por danos oriundos de restrições estabelecidas por atos do Poder Público.<sup>29</sup>

O prazo prescricional para o Poder Público cobrar débitos tributários, ou decadencial para constituir o crédito tributário, está fixado em cinco anos, como já foi mencionado. Também já se disse que, em virtude da Lei 9.873, de 23/11/1999 (fruto da convenção da Medida Provisória 1.859-17, de 22/10/1999), foi fixado em cinco anos o prazo prescricional

<sup>28</sup> MELLO, 2012, p. 1079.

<sup>29</sup> MELLO, loc. cit.

da ação punitiva da Administração Pública Federal, direta ou indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar alguma infração à legislação em vigor, a menos que esteja em pauta conduta criminosa, hipótese em que vigorará o previsto para ela. Já o prazo para que a Administração, por si própria, anule seus atos inválidos dos quais hajam decorrido efeitos favoráveis ao administrado é de cinco anos, salvo se for comprovada a má-fé (o que, entretanto, faz presumir prazo maior quando houver comprovada má-fé), nos termos da disposição do art. 54 da Lei 9.784, de 29/01/1999, discriminadora do processo administrativo. Também aí não se distingue entre atos nulos e anuláveis.<sup>30</sup>

“Vê-se, pois, que este prazo de cinco anos é uma constante nas disposições gerais estatuídas em regras de Direito Público, quer quando reportadas ao prazo para o administrador agir, quer quando reportadas ao prazo para a Administração fulminar seus próprios atos. Ademais, salvo disposição legal explícita, não haveria razão prestante para distinguir entre a Administração e administrados no que concerne ao prazo ao cabo do qual faleceria o direito de reciprocamente se proporem ações.”<sup>31</sup>

Para aquecer ainda mais os debates, a previsão no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, traz a seguinte disposição: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

Nos últimos anos, surgiu intensa divergência quanto à norma do supracitado texto constitucional. A desarmonia foi instaurada no campo doutrinário quando a corrente que insta pela prescritibilidade dessas ações angariou importantes adeptos; a questão não tardou em transpassar também para o poder judiciário, que tem a incumbência de proferir uma resposta.

A leitura do dispositivo constitucional levaria à imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário? Essa pergunta, posta no contexto de uma sociedade complexa como a atual, exige uma resposta que não se restrinja à análise simplista.

Esse é o objeto do presente trabalho que, antes de ensaiar uma resposta quanto ao conteúdo da norma sob análise, debruçar-se-á sobre a questão de como o intérprete interpreta e de como se deve interpretar, analisando, por fim, as opiniões da doutrina sob um paradigma que considere a filosofia da linguagem no Direito.

---

<sup>30</sup> MELLO, 2012, p. 1079-1080.

<sup>31</sup> MELLO, loc. cit.



## 2. HISTÓRICO E PLURALIDADE DAS TESES QUANTO À (IM)PRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO

### 2.1. Histórico sobre o tratamento do tema pelas constituições

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a prever, expressamente, o crime de improbidade administrativa. As constituições anteriores, ao tocar no tema, apenas previam as responsabilidades dos servidores públicos e do presidente da república.<sup>32</sup>

Conforme a organização trazida em apostila produzida pela Escola Superior do Ministério Público da União<sup>33</sup>, transcreve-se, a seguir, os trechos das Constituições anteriores que abordavam a matéria, de alguma forma:

#### 2.1.1. Constituição de 1824

Art. 179. [...]

XXIX – Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos.

#### 2.1.2. Constituição de 1891

Art 54 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra:

- 1º) a existência política da União;
- 2º) a Constituição e a forma do Governo federal;
- 3º) o livre exercício dos Poderes políticos;
- 4º) o gozo, e exercício legal dos direitos políticos ou individuais;
- 5º) a segurança interna do País;
- 6º) a probidade da administração;
- 7º) a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos;

---

<sup>32</sup> RAMOS, André de Carvalho; DE PAULA, Allan Versiani; AMARAL, Ana Lúcia; ARAÚJO, Sergei Medeiros; ROTHENBURG, Walter Claudius. **A imprescritibilidade da ação de ressarcimento por danos ao erário**, Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 14 (disponível em: < <http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes> >).

<sup>33</sup> RAMOS; DE PAULA; AMARAL; ARAÚJO; ROTHENBURG, loc. cit.

8º) as leis orçamentárias votadas pelo Congresso.

§ 1º - Esses delitos serão definidos em lei especial.

§ 2º - Outra lei regulará a acusação, o processo e o julgamento.

§ 3º - Ambas essas leis serão feitas na primeira sessão do Primeiro Congresso.

### **2.1.3. Constituição de 1934**

#### **A Responsabilidade do Presidente da República**

Art 57 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República, definidos em lei, que atentarem contra:

- a) a existência da União;
- b) a Constituição e a forma de Governo federal;
- c) o livre exercício dos Poderes políticos;
- d) o gozo ou exercício legal dos direitos políticos, sociais ou individuais;
- e) a segurança interna do País;
- f) a probidade da administração;
- g) a guarda ou emprego legal dos dinheiros públicos;
- h) as leis orçamentárias;
- i) o cumprimento das decisões judiciárias.

[...]

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.

[...]

Art 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

§ 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado.

#### **2.1.4. Constituição de 1937**

Art 85 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República definidos em lei, que atentarem contra:

- a) a existência da União;
- b) a Constituição;
- c) o livre exercício dos Poderes políticos;
- d) a probidade administrativa e a guarda e emprego dos dinheiros público;
- e) a execução das decisões judiciárias.

[...]

Art 157 - Poderá ser posto em disponibilidade, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, desde que não caiba no caso a pena de exoneração, o funcionário civil que estiver no gozo das garantias de estabilidade, se, a juízo de uma comissão disciplinar nomeada pelo Ministro ou chefe de serviço, o seu afastamento do exercício for considerado de conveniência ou de interesse público.

158 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

#### **2.1.5. Constituição de 1946**

Art 89 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição federal e, especialmente, contra:

- I - a existência da União;
- II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos Poderes constitucionais dos Estados;
- III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
- IV - a segurança interna do País;
- V - a probidade na administração;
- VI - a lei orçamentária;
- VII - a guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos;
- VIII - o cumprimento das decisões judiciárias.

Parágrafo único - Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

[...]

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 37 - É assegurado a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos Poderes Públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas.

§ 38 - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.

### **2.1.6. Constituição de 1967**

Art 84 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra a Constituição federal e, especialmente:

I - a existência da União;

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos Poderes constitucionais dos Estados;

III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV - a segurança interna do País;

V - a probidade na administração;

VI - a lei orçamentária;

VII - o cumprimento das decisões judiciais e das leis.

Parágrafo único - Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

[...]

Art 105 - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que es seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

[...]

Art 148 - A lei complementar poderá estabelecer outros casos de inelegibilidade visando à preservação:

I - do regime democrático;

II - da probidade administrativa;

III - da normalidade e legitimidade das eleições, contra o abuso do poder econômico e do exercício dos cargos ou funções públicas.

### **2.1.7. Emenda constitucional nº 1, de 1969**

Art. 82. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra a Constituição Federal e, especialmente:

I - a existência da União;

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos Podêres constitucionais dos Estados;

III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV - a segurança interna do País;

V - a probidade na administração;

VI - a lei orçamentária; e

VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Parágrafo único. Êsses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

[...]

Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

[...]

Art. 151. Lei complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade e os prazos dentro dos quais cessará esta, visando a preservar:

I - o regime democrático;

II - a probidade administrativa;

III - a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego públicos da administração direta ou indireta, ou do poder econômico; e.

IV - a moralidade para o exercício do mandato, levada em consideração a vida pregressa do candidato.

[...]

### 2.1.8. Constituição de 1988

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

[...]

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

I - a existência da União;

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV - a segurança interna do País;

V - a probidade na administração;

VI - a lei orçamentária;

VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

Quanto à disposição da atual Constituição de 1988, tem-se que sua redação final foi fruto de verdadeira atividade supressiva do texto discutido pelo Congresso Constituinte. O seguinte texto chegou a ser submetido à Assembleia Nacional Constituinte em 1987<sup>34</sup>:

Inclua-se no Substitutivo, onde couber:

Art. \_\_\_\_ É exigida idoneidade e probidade no trato da coisa pública, bem como à prática da parcimônia e da austeridade na aplicação dos dinheiros públicos.

<sup>34</sup> RAMOS; DE PAULA; AMARAL; ARAÚJO; ROTHENBURG, op. cit., pp. 15-16.



§ 1o O servidor que atentar contra os princípios previstos neste artigo responderá criminalmente e terá os seus bens confiscados para indenizar os prejuízos causados ao erário.

§ 2o São imprescritíveis os ilícitos dos quais resultar prejuízo ao erário.

§ 3o Todos os órgãos públicos são obrigados a divulgar semestralmente, no Diário Oficial respectivo e, mensalmente, em publicações próprias, o quadro de seus servidores, a lotação específica, remunerações, movimentações, horários e atribuições, além de outros informes que favoreçam o entendimento de sua situação.

§ 4o Os atos de nomeação de servidores públicos, obrigatoriamente publicados no Diário Oficial, conterão, além do cargo e regime jurídico, o concurso a que se referem, a classificação obtida e a remuneração.

§ 5o Considera-se ato de improbidade a não-observância do limite de lotação previsto na legislação.

§ 6o O servidor público responderá solidariamente, com o Órgão ao qual pertence, por qualquer dano causado a terceiro, no exercício das suas funções, quando agir com dolo.<sup>35</sup>

A seguir, apresenta-se o parecer aprovado pela Comissão da Ordem Social, a qual adotou a linha “minimalista” da redação final do art. 37, § 5o:

A exemplo de outra Emenda oferecida pelo ilustre constituinte, integrante desta comissão, esta restaura a redação dos dispositivos do Anteprojeto que dispunham sobre a “Probidade na Administração Pública”. Propomos a supressão de tais preceitos pelo simples fato de tratarmos do que é óbvio, isto é, de que o servidor público deve prestar serviços dentro de um princípio de probidade e exação funcional. Outros dispositivos da mesma Seção eram, caracteristicamente, de natureza regulamentar, próprios, portanto, de legislação ordinária, como a transparência dos atos da administração pública, publicações em Diário Oficial etc.<sup>36</sup>

Do estudo histórico, é possível notar que o constituinte moveu-se no sentido de proteger e reparar os danos ao erário, pelo que também considerou de extrema relevância a prestação proba do serviço público.

Na visão vencedora, não houve necessidade de que o constituinte fosse tão detalhista a ponto de falar o óbvio. Pelo que seria suficiente mencionar a probidade administrativa e o ressarcimento ao erário.<sup>37</sup>

Não se imaginou, provavelmente, que tal restrição do texto constitucional fosse dar fruto a uma corrente doutrinária, que vem ganhando força ultimamente, a qual prega a prescritibilidade da ação de ressarcimento por danos ao erário<sup>38</sup>. O fato, entretanto, é que vale o texto aprovado.

<sup>35</sup> RAMOS; DE PAULA; AMARAL; ARAÚJO; ROTHENBURG, loc. cit.

<sup>36</sup> RAMOS; DE PAULA; AMARAL; ARAÚJO; ROTHENBURG, loc. cit.

<sup>37</sup> RAMOS; DE PAULA; AMARAL; ARAÚJO; ROTHENBURG, op. cit., pp. 16-17

<sup>38</sup> RAMOS; DE PAULA; AMARAL; ARAÚJO; ROTHENBURG, loc. cit.

Muitos autores célebres, embora cada um com suas particularidades, partilham da opinião de que as ações de ressarcimento ao erário são prescritíveis, como: Ada Pellegrini Grinover, Clito Fornaciari Júnior, Elody Nassar; Marcelo Colombelli Mezzono e Rita Andréa Rehem Almeida Tourinho.

## **2.2. Teses da prescritibilidade**

### **2.2.1. Ada Pellegrini Grinover**

A autora, baseando sua orientação especialmente nos ensinamentos de Elody Nassar, para quem o Estado de Direito alberga o princípio da segurança jurídica e, portanto, não seria compatível com a imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, sustenta ser

lícito concluir que a regra inserta no § 5<sup>a</sup> do art. 37 da Constituição Federal não estabelece uma taxativa imprescritibilidade em relação à pretensão de ressarcimento do erário, estando também tal pretensão sujeita aos prazos prescricionais estatuídos no plano infraconstitucional.<sup>39</sup>

### **2.2.2. Rita Andréa Rehem Almeida Tourinho**

A autora sustenta o seguinte:

[...] Não estando o ressarcimento dos danos, causados ao erário por agentes públicos, sujeito ao prazo prescricional previsto no artigo 23 da Lei n. 8.429/92 em razão do artigo 37, § 5o, da Carta Constitucional, seria esta consequência jurídica imprescritível?

Pensamos que não.

A prescrição, em princípio, atinge a todas as pretensões e ações, quer se trate de direitos pessoais, quer de direitos reais, privados ou públicos (Pontes de Miranda, 2000, p. 164). Com efeito, a imprescritibilidade é excepcional.

Dentre as pretensões imprescritíveis, Pontes de Miranda (2000, p. 166) aponta as pretensões declarativas, as pretensões à declaração de nulidade, as pretensões à cessação de comunhão e à partilha, pretensões a fazer cessar confusão de limites e as demais pretensões concernentes a direitos de vizinhança e à retificação do registro de imóveis de aeronaves e de navios.

Conforme afirma Caio Mário da Silva Pereira (2000, p. 595), a prescrição alcança todas as ações patrimoniais, reais ou pessoais, estendendo-se aos efeitos patrimoniais de ações imprescritíveis.

---

<sup>39</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini apud RAMOS; DE PAULA; AMARAL; ARAÚJO; ROTHENBURG, op. cit., p. 21.

No que se refere às ações de ressarcimento de danos decorrentes de atos de improbidades, apesar da Constituição Federal tê-las excluído do prazo prescricional a ser estabelecido por lei, não afirmou que estas seriam imprescritíveis.

Desta forma, entendemos, ao contrário da maioria da doutrina, que referidas ações civis de ressarcimento, prescrevem no prazo de vinte anos, previsto no artigo 177 do Código Civil, em virtude do que determina o artigo 179, do mesmo diploma legal.

Sua conclusão é a seguinte:

Observe-se que toda vez que o texto constitucional estabelece a imprescritibilidade o faz expressamente. Assim, quando trata do crime de racismo estabelece que “constitui crime inafiançável e imprescritível” (art. 5º, XLII). Da mesma forma, afirma que “constitui crime inafiançável e imprescritível” a ação de grupos armados contra a ordem constitucional o Estado Democrático (art. 5º, XLIV). Ora, o artigo 37, § 5º, da Constituição apenas afirma que as ações de ressarcimentos decorrentes de prejuízos causados ao erário não estarão sujeitas ao prazo prescricional a ser estabelecido em lei para ilícitos praticados por agentes públicos. Em momento algum afirmou que estas ações de ressarcimento seriam imprescritíveis.

Argumentar-se, em favor da imprescritibilidade do ressarcimento dos danos decorrentes de ato de improbidade administrativa, a proteção ao erário e, em consequência, ao interesse público, não procede.

Como vimos, os prazos prescricionais estão a serviço da paz social e da segurança jurídica, valores primordiais à coletividade, que não podem ser suplantados por interesses de cunho patrimonial, mesmo que estes pertençam ao Estado. Observe-se que a preocupação com tais valores é tamanha em nosso ordenamento jurídico que até o crime de homicídio, que atenta contra a vida – bem maior, passível de proteção – prescreve em 20 anos.<sup>40</sup>

### 2.2.3. Clito Fornaciari Júnior

Para este autor,

a redação do § 5º do art. 37 da Constituição Federal indica que foi conferida atribuição para lei infraconstitucional estabelecer prazo de prescrição apenas no que tange aos ilícitos praticados por qualquer agente público, não se lhe determinando, de outro lado, que viesse a dispor sobre o prazo para o ajuizamento das ações de ressarcimento. Os julgados referidos levam um pouco além o enunciado constitucional e concluem que, por força da limitação ditada àquela suposta lei reguladora, as ações de ressarcimento seriam imprescritíveis. A interpretação, todavia, não se afigura correta.

A norma em questão cometeu, efetivamente, o estabelecimento de prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, a uma nova lei que os disciplinaria, excepcionando, no entanto, as ações de ressarcimento. Para essas, na Constituição, nada veio a ser regrado. Daí, entretanto, serem elas vistas como imprescritíveis, há uma distância muito grande, para o que faltam alguns elementos que deveriam ser retirados da própria norma constitucional e não só intuídos, como parece ser o caso.

<sup>40</sup> TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. **A prescrição e a Lei de Improbidade Administrativa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3124>>. Acesso em: 24 jun. 2014.

A imprescritibilidade, em nosso sistema jurídico, representa uma situação anômala, não usual, que, portanto, somente poderia ser decorrente de previsão expressa e inequívoca (Pereira, 2000, p. 439), de vez que, em nosso Direito, todas as pretensões são prescritíveis, em maior ou menor prazo, conforme as disposições das leis infraconstitucionais. Ademais, a interpretação que se haveria de dar ao preceito que impusesse a não prescrição deveria ser restritiva, por importar, segundo Carlos Maximiliano (2002, p. 190), em um privilégio. Evidente que, se até uma norma hipotética dispondo nesse sentido obrigaria exegese restritiva, não haveria como da inexistência da norma chegar-se a igual conclusão.<sup>41</sup>

#### 2.2.4. Elody Nassar

Para a autora, a regra da prescritibilidade só pode ser quebrada por expressa previsão do texto constitucional. Também diz que os danos ao erário não se revestem de valores considerados essenciais, para anular a tradicional erosão do direito pelo tempo.<sup>42</sup>

Por ser largamente citada por outros autores e para que não se perca a precisão, traz-se a longa citação de Elody Nassar:

Necessário observar que, na hipótese do art. 37, § 5º, segunda parte, dois princípios se chocam: de um lado, a necessidade do ressarcimento ao erário público e a observância do princípio da indisponibilidade do interesse público e, de outro, o ataque ao princípio da estabilidade das relações constituídas no tempo, fundamento principal do instituto da prescrição.

Aos tribunais incumbe firmar o verdadeiro critério, ante a hipótese posta. No entanto, colocamo-nos junto daqueles que entendem não poder subsistir a imprescritibilidade dessas ações, pois que contrária aos princípios gerais regentes do instituto prescricional.

[...]

Destarte, o entendimento de que as ações de ressarcimento seriam imprescritíveis, sem limites temporais, ainda que em defesa do princípio da indisponibilidade do patrimônio público, está a merecer maior sustentação por parte da doutrina e da jurisprudência.

Não é defensável anular-se os princípios basilares do Estado de Direito, quais sejam, o princípio da segurança e da estabilidade das relações jurídicas.

Sem regras estabelecidas para o tempo, os processos jamais chegariam ao fim. Afinal as formas têm por objetivo gerar segurança e previsibilidade. A garantia da correta outorga da tutela jurisdicional está precisamente no conhecimento do período temporal a ser percorrido por aquele que busca a solução para uma situação conflituosa.

Ademais, além dos princípios expressos, existem também no contexto constitucional princípios implícitos ou decorrentes daqueles, sem falar dos princípios consagrados pela teoria geral do Direito, como é o caso do superprincípio da segurança jurídica.

<sup>41</sup> FORNACIARI Júnior, Clito apud RAMOS; DE PAULA; AMARAL; ARAÚJO; ROTHENBURG, op. cit., pp. 22-23.

<sup>42</sup> RAMOS; DE PAULA; AMARAL; ARAÚJO; ROTHENBURG, op. cit., pp. 23-24.

Nesta linha de raciocínio, acentuamos que o princípio da segurança jurídica, no caso, sobrepõe-se aos demais.

[...]

Como o princípio da legalidade não é único nem absoluto, situações existirão nas quais tornar-se-á obrigatória a convalidação do ato por força necessária da observância de outros princípios jurídicos da mesma relevância, como é o caso, exatamente, do princípio da segurança jurídica, que é fundamento do instituto da prescrição, correlato ao da convalidação.

Já disseram os doutos, com inextinguível propriedade, que o sistema jurídico é um todo harmonioso que não admite contradições, e a imprescritibilidade, sem limites, seria uma delas.

As exigências de uma ordem pública impõem que se declare que quando um pressuposto se revela insuficiente, não há maneira de salvá-lo, destacando-o do corpo para sustentar as vigas da harmonia jurídica.

Demais disso, o problema da prescritibilidade se encontra na definição exata das exigências da ordem pública e da harmonia social.

[...]

O tema, assim, merece ser enfrentado com serenidade e coragem porque a inexistência de restrição temporal aos ius puniendi do Estado põe reféns pessoas físicas e jurídicas, além de representar ofensa ao devido processo legal inscrito nos direitos fundamentais da Carta Política.<sup>43</sup>

### 2.2.5. Celso Antônio Bandeira de Mello

Quanto ao teor da disposição constitucional objeto do presente trabalho, assim se manifestava Celso Antônio Bandeira de Mello, até a 26ª edição de seu Curso de Direito Administrativo: “Ressalte-se, todavia, que, por força do art. 37, § 5º, da Constituição, são imprescritíveis as ações de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário”.

Em edições mais recentes, entretanto, o autor modificou sua opinião, nos seguintes termos:

Já não mais aderimos a tal desabrida intelecção. Convencemo-nos de sua errônea ao ouvir a exposição feita no Congresso Mineiro de Direito Administrativo, em maio de 2009, pelo jovem e brilhante professor Emerson Gabardo, o qual aportou um argumento, ao nosso ver irresponsável, em desfavor da imprescritibilidade, a saber: o de que com ela restaria consagrada a minimização ou eliminação prática do direito de defesa daquele a quem se houvesse increpado dano ao erário, pois ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além de um prazo razoável, de regra não demasiadamente longo. De fato, o Poder Público pode manter em seus arquivos, por um período longíssimo, elementos prestantes para brandir suas increpações

<sup>43</sup> NASSAR, Elody. **Prescrição na administração pública**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 345-354.

contra terceiros, mas o mesmo não sucede com estes, que terminariam inermes perante arguições desfavoráveis que se lhes fizessem.<sup>44</sup>

## 2.2.6. Marcelo Colombelli Mezzomo

Este autor também sustenta que a imprescritibilidade somente poderia ser estipulada de modo expreso e taxativo pelo texto constitucional. A seguir, seu entendimento:

A opinião da doutrina e da jurisprudência é de que a ressalva do § 5º do artigo 37 da CF/88 afasta a possibilidade de prescrição das ações de ressarcimento. Permissa venia, não comungo desta opinião, pois não creio que se possa inferir esta conclusão da redação do artigo 37, § 5º, da CF/88. A tanto sou levado a concluir pelo caráter de exceção que ostenta a imprescritibilidade de ações.

Deveras, a regra é que todas as ações condenatórias estão sujeitas a prazos prescricionais, surgindo a imprescritibilidade como preceito francamente de exceção. Ora, é cediço que as exceções interpretam-se restritivamente, de modo que exceções não podem ser extraídas de interpretação forçada ou literal da norma. Exceções devem estar contidas de forma clara e expressa na lei, de forma a não se deixar qualquer margem de dúvida acerca da intenção do preceito legal que condense fórmula deste jaez.

A fórmula “ressalvadas as ações de ressarcimento” parece-me claramente voltada a desatrelar a prescrição das ações de ressarcimento das ações de imposição das demais sanções, propiciando que o legislador infraconstitucional pudesse estabelecer prazos diferenciados conforme a natureza da sanção. Ou seja, o comando normativo determina que a prescrição das ações de imposição de sanções outras que não o ressarcimento do prejuízo ficará a cabo, necessariamente, de lei que regulamentará o artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, de tal forma que a prescrição dos ilícitos não implicará, incontinenti, a prescrição da ação de ressarcimento. Por outras palavras, as ações de ressarcimento não têm seu prazo de prescrição atrelado à prescrição dos ilícitos, ou melhor, à prescrição da possibilidade de aplicação das outras sanções elencadas no artigo 12 da Lei n. 8.429/92.<sup>45</sup>

## 2.3. Teses da imprescritibilidade

### 2.3.1. José Afonso da Silva

O renomado autor defende a tese da imprescritibilidade da Ação de Ressarcimento ao Erário, pois a considera opção do Constituinte Originário. Em suas próprias palavras:

A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral de direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a

<sup>44</sup> MELLO, 2012, p. 1081.

<sup>45</sup> MEZZOMO, Marcelo Colombelli apud RAMOS; DE PAULA; AMARAL; ARAÚJO; ROTHENBURG, op. cit., pp. 25-26.

Administração não toma providência à sua apuração e responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda do seu *ius persequendi*. É o princípio que consta do art. 37, § 5º, que dispõe: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non succurrit ius*). Deu-se assim à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade na hipótese considerada.<sup>46</sup>

### 2.3.2. Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Segundo a autora: “são, contudo, imprescritíveis, as ações de ressarcimento por danos causados por agente público, seja ele servidor público ou não, conforme estabelece o art. 37, § 5º, da Constituição”<sup>47</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ainda rebate o novo ponto de vista adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello, nos seguintes termos:

O argumento de prejuízo ao direito de defesa parece frágil, quando se pensa que a norma constitucional quis proteger o patrimônio público. A previsão da imprescritibilidade constitui um alerta aos responsáveis de que estarão sujeitos a responder a qualquer tempo pelos prejuízos causados ao erário. O mínimo de prudência recomenda a preservação de provas que auxiliem o direito de defesa.<sup>48</sup>

### 2.3.3. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves

Em defesa do entendimento da imprescritibilidade da Ação de Ressarcimento ao Erário, proferem as seguintes palavras:

É voz corrente que o artigo 37, § 5º, da Constituição dispõe sobre o caráter imprescritível das pretensões a serem ajuizadas em face de qualquer agente, servidor ou não, visando ao ressarcimento dos prejuízos causados ao erário. Como consequência, tem-se que somente as demais sanções previstas nos feixes do art. 12 da Lei de Improbidade serão atingidas pela prescrição, não o ressarcimento do dano (material ou moral), o qual poderá ser a qualquer tempo perseguido.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 33ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 673.

<sup>47</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**, 25ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 906.

<sup>48</sup> PIETRO, loc. cit.

<sup>49</sup> GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**, 5ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. 644, 2010.

#### 2.3.4. Sérgio Monteiro Medeiros

Segundo este autor, “no que tange ao ressarcimento do dano patrimonial, as ações de improbidade administrativa são imprescritíveis, *ex vi* do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal”<sup>50</sup>.

#### 2.3.5. Wallace Paiva Martins Júnior

Para o citado autor,

O art. 37, § 5º, da Constituição Federal ressalva da prescrição a pretensão de ressarcimento dos danos causados ao erário, consagrando a regra da imprescritibilidade do ressarcimento do dano do ato ilícito praticado em detrimento do patrimônio público. O art. 21 da Lei Federal n. 4.717/65 não se aplica, portanto, às hipóteses de improbidade administrativa lesiva ao erário e até mesmo à ação popular constitucional, porque, cotejado com a norma constitucional, exsurge evidente a incompatibilidade, estando, por isso, revogado. O Tribunal de Justiça de São Paulo tem dispensado ao tema interpretação oscilante no julgamento de ações civis públicas promovidas para ressarcimento de dano ao erário imputado a agentes públicos, ora esclarecendo que, “não fosse o entendimento de serem imprescritíveis os danos causados ao erário, estabelecido no § 5º do art. 37 da Constituição Federal, é bem de ver-se que a presente é ação pessoal, cuja prescrição é vintenária, na previsão do art. 177 do Código Civil”, ora estabelecendo que “qualquer ação que objetive a invalidação de ato do Poder Público ligado a licitações e contratos deve ser buscada no quinquênio, conforme preconiza a Lei n. 4.717/65 e Decreto n. 20.910/32”.

Essa segunda interpretação peca por negativa ao texto constitucional, pois assume posição mais contundente que a primeira: o ressarcimento do dano é imprescritível, pois “o art. 37, § 5º, da Constituição Federal, ao ressaltar a ação de ressarcimento de ilícito praticado por agente, servidor ou não, tornou a presente ação imprescritível”. O art. 37, § 5º, da Constituição Federal repudia arguição de prescrição quinquenal com lastro no Decreto n. 20.910/32 ou no art. 21 da Lei n. 4.717/65, ou trienal, em se tratando de sociedade de economia mista, com base na Lei n. 6.404/76.

Atualmente, está pacificado que a pretensão de ressarcimento de dano ao erário causado por agente público é imprescritível. E não há norma anterior ou posterior no patamar normativo infraconstitucional com força suficiente para alterar essa compreensão. As anteriores, como o art. 21 da Lei n. 4.717/65, se encontram revogadas; as posteriores, como o art. 23 da Lei n. 8.429/92, exigem interpretação conforme a norma constitucional, da qual resulta a prescrição das demais sanções do art. 12 do referido diploma legal, salvo o ressarcimento do dano. Assim decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça ao sublinhar que “é imprescritível a Ação Civil Pública visando a recomposição do patrimônio público (art. 37, § 5o, CF/88)”.<sup>51</sup>

<sup>50</sup> MEDEIROS, Sérgio Monteiro apud RAMOS; DE PAULA; AMARAL; ARAÚJO; ROTHENBURG, op. cit., p. 30.

<sup>51</sup> MARTINS Jr., Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 384-387.



### 2.3.6. Marcelo Figueiredo

Para o referido autor, “a prescrição aludida refere-se à ação para a perda da função e suspensão dos direitos políticos. Em relação ao ressarcimento do dano incide a norma constitucional do art. 37, § 5º, da Lei Maior”<sup>52</sup>.

### 2.3.7. José Adércio Leite Sampaio

O citado professor se manifesta da seguinte forma:

A prescritibilidade do imprescritível – Dispõe o artigo 37, § 5º, da Constituição Federal: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Sem ressalvas, o artigo 23 da Lei n. 8.429/92 prevê a prescritibilidade das ações destinadas à aplicação das sanções nos seguintes termos:

As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

A leitura dos dois dispositivos leva à conclusão de uma antinomia de normas: a Lei violou a Constituição.

[...]

O argumento da imprescritibilidade prescritível não vai além de uma distinção. A Lei define a prescrição das ações destinadas à aplicação das consequências imputadas aos ilícitos que não sejam as de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário. Freitas diferencia a prescritibilidade dos danos morais, dentro dos prazos do artigo 23, I e II, da Lei n. 8.429/92, e a imprescritibilidade da ação de indenização integral do dano material ao Tesouro. O artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, todavia, não traz a diferença: imprescritível é toda ação que objetive o ressarcimento integral do dano público, seja ele moral ou material.<sup>53</sup>

### 2.3.8. José Jairo Gomes

Para o autor “a ação de ressarcimento de danos causados ao patrimônio público é imprescritível, conforme prevê a parte final do § 5º do artigo 37 da Constituição Federal”.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibidade administrativa**: comentários à Lei n. 8.429/92 e legislação complementar. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 328.

<sup>53</sup> SAMPAIO, Jose Adércio Leite apud RAMOS; DE PAULA; AMARAL; ARAÚJO; ROTHENBURG, op. cit., p. 32.

<sup>54</sup> GOMES, José Jairo apud RAMOS; DE PAULA; AMARAL; ARAÚJO; ROTHENBURG, op. cit., p. 32.

### 2.3.9. Edilson Pereira Nobre Júnior

O autor se manifesta da seguinte forma: “No que respeita à pretensão de ressarcimento, prepondera a regra constitucional de sua imprescritibilidade, afirmada pelo art. 37, § 5º, da Constituição Federal”.<sup>55</sup>

### 2.3.10. Waldo Fazzio Júnior

Quanto ao tema, assim é a fundamentação de Waldo Fazzio Júnior:

A prescrição extintiva, sabe-se, consiste na perda de determinado direito por falta de exercício, durante lapso temporal estabelecido em lei.

No art. 37, § 5º, da Constituição Federal, está dito que a “lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

Dessa norma de eficácia contida complementável, desde logo, é possível inferir que é imprescritível a ação de ressarcimento de danos causados ao erário, mercê da ressalva estabelecida em sua parte final. Assim, o prefeito que, mediante ato de improbidade administrativa, carrear danos ao erário não se livrará da ação de ressarcimento, com apoio na prescrição.

Claro que, em relação às outras sanções cominadas para as condutas tecidas no art. 10 da LIA, o prazo prescricional incidirá.<sup>56</sup>

### 2.3.11. Diógenes Gasparini

Para o referido autor,

A prescritibilidade é princípio geral do direito, aplicável também à Administração Pública. Por ela o titular do direito perde, em razão de sua inércia, o poder de exigir o direito. Assim, são comuns as situações em que a Administração Pública vê extinto o direito de punir seu servidor pela prática de ilícito administrativo, dado ter ocorrido a prescrição. De sorte que não há surpresa alguma, salvo na sua desnecessidade e na instituição da imprescritibilidade das ações de ressarcimento, na previsão do § 5º do art. 37 da Constituição Federal. Por esse dispositivo os ilícitos administrativos prescrevem nos prazos estabelecidos em lei, mas não prescreve o direito da Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública ao ressarcimento do dano que seu agente, com dolo ou culpa, causou a terceiro, e a obrigou, nos termos do art. 37, § 6º, da Lei Maior, a ressarcir-lo. O mesmo regime aplica-se aos casos em que o dano é causado à própria Administração Pública direta, autárquica ou fundacional pública. Essa mesma orientação foi recentemente acolhida pelo STJ ao julgar o REsp 1.069.779/SP.

<sup>55</sup> NOBRE Júnior, Edilson Pereira apud RAMOS; DE PAULA; AMARAL; ARAÚJO; ROTHENBURG, op. cit., p. 33.

<sup>56</sup> FAZZIO Júnior, Waldo apud RAMOS; DE PAULA; AMARAL; ARAÚJO; ROTHENBURG, op. cit., p. 33.

A lei a que se refere a disposição, cremos ser a federal, a estadual, a distrital e a municipal em seus respectivos âmbitos de competência. Assim nos parece, pois a prescrição administrativa é matéria que diz respeito diretamente com o interesse de cada uma dessas pessoas políticas, e, portanto, com o exercício da autonomia que a Constituição lhes garante. A iniciativa dessa lei é concorrente. Enquanto não existir, aplica-se a legislação existente, a exemplo do Código Civil.<sup>57</sup>

### 2.3.12. Celso Bastos

Celso Basto se manifesta no seguinte sentido: “no que tange aos danos civis, o propósito do texto constitucional é de tornar imprescritíveis as ações visando ao ressarcimento do dano causado”<sup>58</sup>.

### 2.3.13. Alexandre de Moraes

Para o autor:

Nos termos do § 5º, do art. 37 da Constituição Federal, a lei deverá estabelecer os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, conforme se verifica no art. 23 da presente lei.

A própria Constituição da República, porém, ressalva as ações de ressarcimento que serão imprescritíveis, cabendo sempre seu ajuizamento em face do agente público ou terceiro que por ação ou omissão, dolosa ou culposa, cause lesão ao patrimônio público.<sup>59</sup>

### 2.3.14. Fábio Medina Osório

Em sua obra *Improbidade administrativa: observações sobre a Lei 8.429/92*, o mencionado autor sustenta a imprescritibilidade a ação de ressarcimento ao erário, conforme se vê:

Ressarcimento do dano abrange, por certo, dano moral, até porque a lei fala, no art. 12, III, em ressarcimento do dano, se houver, nos casos em que a improbidade traduz mera agressão aos princípios. Há quem sustente a viabilidade do ressarcimento do dano moral, sublinhando, todavia, que este estaria bem tutelado pela multa civil, veículo próprio e adequado a esse ressarcimento, submetendo-se aos prazos prescricionais, diferentemente do que ocorre com o dano material, que é imprescritível à luz do art. 37, parágrafo 5º, da Carta Magna.<sup>60</sup>

<sup>57</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 254-255.

<sup>58</sup> BASTOS, Celso apud RAMOS; DE PAULA; AMARAL; ARAÚJO; ROTHENBURG, op. cit., p. 34.

<sup>59</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, pp. 2684-2685.

<sup>60</sup> OSÓRIO, Fábio Medina apud RAMOS; DE PAULA; AMARAL; ARAÚJO; ROTHENBURG, op. cit., pp. 35-36.

A seguir, outro trecho da obra:

A prescrição é um instituto normal e sempre presente no Direito Administrativo Sancionador, ainda que sua regulação ocorra, mais diretamente, na legislação infraconstitucional. Falo em “princípio” da prescrição, mas ela decorre, em verdade, do princípio da segurança jurídica. Entendo que toda e qualquer pretensão punitiva deva estar submetida a limites temporais para seu exercício, sob pena de violação à segurança jurídica inerente ao Estado de Direito. A previsibilidade mínima das relações, associada à expectativa legítima de que as pessoas possam mudar seus valores perfis, recomenda e até exige que o Estado exerça suas prerrogativas sancionatórias dentro de limites temporais básicos, previamente delimitados.

A liberdade de configuração legislativa dos prazos prescricionais vem afirmada no texto constitucional, que, aliás, a contrario sensu, parece estabelecer a imprescritibilidade das ações indenizatórias contra aqueles que causam danos materiais ao erário.<sup>61</sup>

Em nota de rodapé, Fábio Medina Osório presta maiores esclarecimento quanto ao seu entendimento da matéria:

Esse dispositivo tem sido interpretado no sentido de consagrar uma aparente imprescritibilidade das ações contra aqueles que promovem danos materiais ao erário. Também sustentei, anteriormente, em outra obra (Improbidade administrativa: observações sobre a Lei 8.429/92) a idéia de imprescritibilidade dessas ações, defendendo-a sob um ponto de vista ideológico. Melhor refletindo sobre o assunto, parece-me que, ideologicamente, se mostra inaceitável tal tese, embora, pelo ângulo dogmático, não haja alternativa hermenêutica. Até mesmo um crime de homicídio (art. 121, caput, CP) sujeita-se a prazo prescricional. Por que uma ação por danos materiais ao erário escaparia desse tratamento? Dir-se-á que essa medida não constitui uma “sanção”, eis a resposta. Sem embargo, tal medida ostenta efeitos importantes e um caráter nitidamente “afritivo” de um ponto de vista prático. Ademais, gera uma intolerável insegurança jurídica a ausência de qualquer prazo prescricional. A melhor solução talvez fosse fixar um prazo (elevado) mínimo de prescrição para essas demandas, jamais proibir, expressamente, a configuração legislativa de prazos prescricionais para os casos de ressarcimento. De qualquer modo, já se disse que a reparação do dano não é uma sanção, motivo pelo qual fica de fora do Direito Administrativo Sancionador. O constituinte de 1988 mandou que o legislador ressalvasse, sempre, as ações de ressarcimento, deixando-as de fora dos prazos prescricionais que deveriam ser estabelecidos nas hipóteses de ilícitos contra a Administração Pública. Trata-se de norma constitucional, que não está, por óbvio, sujeita a um juízo de inconstitucionalidade, sequer em face de princípios superiores, v.g., segurança jurídica. Não há normas constitucionais inconstitucionais, como se sabe. Nada impede, todavia, sob o ângulo doutrinário, uma crítica a essa espécie de postura. Aos operadores jurídicos, de qualquer sorte, cumpre respeitar a soberana decisão do constituinte, ajuizando e julgando as ações cabíveis.<sup>62</sup>

<sup>61</sup> OSÓRIO, Fábio Medina apud RAMOS; DE PAULA; AMARAL; ARAÚJO; ROTHENBURG, loc. cit.

<sup>62</sup> OSÓRIO, Fábio Medina apud RAMOS; DE PAULA; AMARAL; ARAÚJO; ROTHENBURG, loc. cit.

### 3. O DEBATE HERMENÊUTICO COM VISTAS À SUPERAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE

#### 3.1. Apertada síntese da história da hermenêutica moderna até Gadamer

Em verdade e método, Gadamer esboça brevemente a história da hermenêutica moderna, que se desenvolveu na interpretação bíblica e nas investigações filológicas dos clássicos.<sup>63</sup>

Para Espinosa e Johann Martin Chladenius (1710-1759), a hermenêutica, enquanto técnica de interpretação, apenas seria necessária nos casos em que o significado do texto não estivesse claro. O objetivo da hermenêutica seria, então, compreender a verdade que o texto contém, integrar essa verdade em nossa vida, chegar a um acordo em relação a algum assunto.<sup>64</sup>

Schleiermacher propôs, segundo Gadamer, uma mudança radical nessa tarefa de compreensão. Não se trabalharia mais para um acordo sobre a verdade do texto, pois a principal tarefa do intérprete seria recriar o processo criativo do autor para, então, compreender o significado intencionado por este.<sup>65</sup>

O objetivo da hermenêutica de Schleiermacher é compreender “não apenas as palavras exatas e seu significado objetivo, mas também a individualidade do orador ou autor”.<sup>66</sup>

A crítica de Gadamer a Schleiermacher se centra na sua interpretação psicológica: para recriar o pensamento do autor, o intérprete precisaria descobrir a decisão seminal do autor. Portanto, o assunto seria ignorado quando da compreensão do texto, substituído por uma reconstrução estética da individualidade do autor.<sup>67</sup>

Gadamer considera, entretanto, que esse ato divinatório de recriação é impossível, insistindo que a melhor compreensão deve se referir a uma melhor compreensão do assunto em discussão.<sup>68</sup>

<sup>63</sup> GADAMER apud SCHMIDT, Lawrence K. *Hermenêutica*, 2ª ed., Petrópolis: Editora Vozes, p. 141.

<sup>64</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 142.

<sup>65</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>66</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>67</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>68</sup> SCHMIDT, op. cit., pp. 142-143.

Dilthey é especialmente interessante, pois afirma que a compreensão nas ciências humanas é essencialmente diferente da compreensão nas ciências naturais. Ele tem a intenção de justificar, filosoficamente, as reivindicações de conhecimento nas ciências humanas.<sup>69</sup>

As ciências humanas requereriam, para tanto, uma metodologia única: enquanto as ciências naturais explicam um fenômeno através de sua subordinação às leis causais universais, as ciências humanas compreendem os significados mentais ou espirituais que são expressos em sinais externos empíricos.<sup>70</sup>

A compreensão ocorre quando o intérprete é capaz de reconhecer o estado interior de outra pessoa através das expressões empíricas dessa pessoa. Ao ver uma expressão facial, o intérprete compreende o estado emocional do outro. Ao ler as palavras de um texto, o intérprete compreende o significado que o autor intencionava.<sup>71</sup>

Nota-se que, para Dilthey, o sujeito poderia retirar a verdade de um texto – em patente relação sujeito-objeto –, da mesma forma que nas ciências naturais, apenas com uma diferença: um método diverso.

Ele reconhece que o historiador é ele próprio um ser histórico que vive numa tradição particular, pelo que não pode obter um ponto de vista objetivo, como os das ciências naturais. Assim, o conhecimento válido seria derivado das experiências vividas.

A crítica de Gadamer é que, estando o historiador incrustado na história e, dessa forma, dentro do círculo hermenêutico de compreensão, não seria possível que ele escapasse desse círculo para obter um ponto de vista de reflexão que permitiria um conhecimento justificado metodologicamente. “O uso de Dilthey do conceito de Schleiermacher de compreensão congenial e interpretação divinatória para escapar do círculo hermenêutico, de acordo com Gadamer, repete as mesmas pressuposições falsas de Schleiermacher”.<sup>72</sup>

A partir da descrição fenomenológica de Husserl, Heidegger liberta o conceito de vida da justificação metodológica, que era central em Husserl e Dilthey. Não há mais distinção entre a compreensão das ciências naturais e a das ciências humanísticas, que era ponto central em Dilthey, nem a descoberta de uma metodologia verdadeira da compreensão através da reflexão transcendental de Husserl.<sup>73</sup>

Heidegger revela a compreensão como “*a forma original da realização de Dasein, que é ser-no-mundo*” [VM: 259]. Na compreensão, *Dasein* projeta possibilidades de

<sup>69</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>70</sup> SCHMIDT, op. cit, p. 60.

<sup>71</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>72</sup> SCHMIDT, op. cit, p. 144.

<sup>73</sup> SCHMIDT, loc. cit.

seu próprio ser. Ao ser-no-mundo, *Dasein* é arremessado, descobrindo-se sempre e já dentro de um contexto histórico, portanto, tendo um passado. Por isso, a “estrutura de *Dasein* é a projeção arremessada” [VM: 264]. A base de qualquer compreensão projetiva já foi condicionada pela facticidade do ser, por *Dasein* ter sido arremessado no mundo, e portanto pela tradição histórica em que *Dasein* vive. Por isso, qualquer compreensão ou reivindicação de verdade depende do horizonte temporal em que *Dasein* vive e de sua interpretação projetiva de suas possibilidades de ser. “Tudo que possibilita e limita a projeção de *Dasein* inelutavelmente a precede” [VM: 264]. Isto também precisa ser o caso para a compreensão hermenêutica da tradição histórica, e isto, de acordo com Gadamer, significa que a tarefa da hermenêutica é devolvida à integração.<sup>74</sup>

### 3.2. Importância de Martin Heidegger

Na concepção de Heidegger, a filosofia precisa começar com uma descrição fenomenológica da nossa experiência real.<sup>75</sup>

Na experiência, as coisas não são um significado adicionado aos dados sensoriais, como os empiristas afirmariam. A coisa é vista toda de uma vez só, a partir de uma orientação particular da nossa própria maneira de ser, e também aparece toda em um só tempo.

Diferentemente de Dilthey, [...] o sujeito não liga o significado a um objeto experimentado, mas sim o significado já está lá, assim que o suposto objeto está presente. Os objetos não passam na frente do sujeito que os apreende, mas há um evento ou acontecimento onde o “objeto” significativo aparece num contexto de significado orientado pelas preocupações do “sujeito”. No exemplo de Heidegger, o atrim está alto demais para ele. Heidegger era bastante baixo, e provavelmente o professor anterior era mais alto e ajustara o atrim para sua altura. Por isso, aquilo que é novo e radical na filosofia de Heidegger é que a descrição fenomenológica precisa começar descrevendo esta experiência vivida de “munda”. Ele introduz o termo “facticidade” para denotar este sentido da experiência.<sup>76</sup>

Heidegger chama o ser humano de *Dasein*, para evitar conotações metafísicas tradicionais e para enfatizar que seu modo de ser não é o modo de ser de um objeto<sup>77</sup>. *Dasein* é o ser humano no mundo, que se compreende e, a partir dessa compreensão de si mesmo, desse paradigma então adquirido, compreende o mundo. “O modo de ser dos seres humanos é ser no aí, quer dizer, no mundo”<sup>78</sup>.

A facticidade nomeia nosso modo de ser único, é o modo de ser do *Dasein*,

Isto é, nossa forma de ser no estar aí por um tempo, nossa facticidade, inclui uma expressão, articulação ou compreensão da nossa própria forma de ser. Isto é

<sup>74</sup> SCHMIDT, op. cit, p. 144-145.

<sup>75</sup> SCHMIDT, op. cit, p. 82.

<sup>76</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 81.

<sup>77</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 90.

<sup>78</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 82.

importante porque significa que neste nível mais básico nossa forma de ser inclui uma compreensão de nossa própria maneira de ser.<sup>79</sup>

Em 1923, Heidegger lecionou um curso intitulado “Ontologia – a hermenêutica da facticidade”. Por ser o termo “ontologia” enganoso, segundo o autor, o título deveria ser “A hermenêutica da facticidade”.<sup>80</sup>

O que significaria, então, “hermenêutica” nesse título? Heidegger trata de superar o contemporâneo significado do termo para, então, voltar ao seu significado original, o qual é discutido em relação à facticidade.

Após começar a traçar o desenvolvimento do termo, conclui-se que “a hermenêutica é o anúncio e o fazer conhecer do ser de um ser em seu ser em relação a [...] (mim)”<sup>81</sup>

De acordo com Heidegger, Aristóteles conecta a hermenêutica à conversação, “o modo fático de atualizar *logos*” e a linguagem é “fazer conhecer algo através de palavras” [HF: 7]. A obra de Aristóteles é corretamente intitulada *Da interpretação (peri hermeneias)*, pois ela trata do discurso, que “torna algo acessível como estando lá fora” [HF: 8]. Além disso, a hermenêutica trata da verdade daquilo que é dito: “*aletheuein* [ser-verdadeiro] (tornar aquilo que estava encoberto, escondido, disponível, exposto, lá fora)” [HF: 7].<sup>82</sup>

O que é novo e radical em Heidegger é que o significado é encontrado na própria experiência vivida, ou é parte da constituição do próprio sujeito, não é um juízo posterior de um sujeito sobre um objeto já experimentado. O que difere em muito dos empiristas, como já mencionado, que diriam que a verdade foi retirada através da recepção dos dados sensoriais do objeto, pelo sujeito, que então os coordena para formar o objeto percebido.<sup>83</sup>

A tarefa da hermenêutica é interpretar o *Dasein* para si mesmo. O modo de ser (*Dasein*) é anunciado e feito a conhecer (para esse *Dasein*). Na hermenêutica da facticidade o *Dasein* tem a possibilidade de se compreender. Essa interpretação “não envolve uma relação sujeito-objeto, como se um *Dasein*, o sujeito, estivesse oposto a outro *Dasein*, o objeto, e registrasse objetivamente suas descobertas”.<sup>84</sup>

A interpretação é o modo de ser do *Dasein* e seu objetivo é despertar para si mesmo. Assim, a hermenêutica “é ontológica, fatural e temporalmente anterior a todas as realizações nas ciências”<sup>85</sup>.

<sup>79</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 83.

<sup>80</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 82-82.

<sup>81</sup> HEIDEGGER apud SCHMIDT, op. cit., p. 84.

<sup>82</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>83</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 84-85.

<sup>84</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 86.

<sup>85</sup> HEIDEGGER, apud SCHMIDT, loc. cit.



Ela é ontologicamente anterior porque precisamos primeiro compreender as formas possíveis que *Dasein* pode ser antes de podermos descobrir como *Dasein* compreende objetos no mundo, ou seja, a ciência. Ela é factual e temporalmente anterior porque, **ao viver, já nos interpretamos de alguma forma, e esta autointerpretação é a base a partir da qual podemos começar a interpretar os fatos o mundo.** A “existência” nomeia o modo especial que *Dasein* é, “a possibilidade mais própria de ser a si mesmo” [HF: 12]. Portanto, os conceitos interpretativos “que crescem a partir desta interpretação devem ser designados como existenciais” [HF: 12]. **Estes existenciais não são esquemas, nem adições posteriores, e sim possibilidade do ser, formas diferentes de como *Dasein* existe.** Eles são descobertos na análise do ser fatual de *Dasein*.<sup>86</sup> (grifou-se)

*Dasein* é um ser-possível, ou seja, tem escolhas a fazer, diferentes formas possíveis de ser. Em uma situação concreta, eu me modifico quando escolho uma possibilidade aberta de ser baseado na minha interpretação de minha situação, ou seja, a minha escolha é feita com base na minha autocompreensão atual.<sup>87</sup>

“[...] quanto mais conseguirmos trazer hermeneuticamente a facticidade para nosso alcance, e em conceitos, mais transparente esta possibilidade [o autoencontro de *Dasein*] se torna”<sup>88</sup>.

“Devemos abordar uma disciplina científica não como um sistema de proposições e as bases para justifica-las, mas sim como algo em que *Dasein* fático se enfrenta e se explica criticamente”<sup>89</sup>.

Existem alguns conceitos fundamentais para a compreensão da obra de Heidegger. O primeiro deles é o de ontologia ou hermenêutica da facticidade, como se verá.

A ontologia é o estudo do ser e Heidegger a entende como “uma diretiva indefinida e vaga”<sup>90</sup> no sentido que “o ser deve, de alguma forma temática, ser investigado e chegar à linguagem”<sup>91</sup>.

Há dois problemas com o conceito filosófico moderno de ontologia: I) ele pressupõe que o significado do ser é determinado apenas se examinando objetos objetivos, sem tratar de outras formas possíveis que os seres podem ser; II) o segundo problema deriva do primeiro, pois a ontologia moderna não trata do ser humano, que é decisivo para ontologia e para filosofia.<sup>92</sup>

---

<sup>86</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 86-87.

<sup>87</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 86.

<sup>88</sup> HEIDEGGER, apud SCHMIDT, op. cit., p. 87.

<sup>89</sup> HEIDEGGER, apud SCHMIDT, op. cit., p. 88.

<sup>90</sup> HEIDEGGER apud SCHMIDT, op. cit., p. 81.

<sup>91</sup> HEIDEGGER apud SCHMIDT, loc. cit..

<sup>92</sup> SCHMIDT, loc. cit.

Para Heidegger, o termo ontologia pode ser enganoso, assim é preferível utilizar a expressão “hermenêutica da facticidade”.

A facticidade é o modo de ser do *Dasein*. Para Heidegger, *Dasein* é o ser humano no mundo, que se compreende e, a partir dessa compreensão de si mesmo, desse paradigma então adquirido, compreende o mundo. “O modo de ser dos seres humanos é ser no aí, quer dizer, no mundo”<sup>93</sup>.

Existe um problema com a definição filosófica de homem como um ser vivo dotado de razão, pois, na verdade, ele é dotado de discurso. *Dasein* “inicialmente não contém nada de ideias de ‘ego’, pessoa, polo do eu, centro dos atos. Mesmo o conceito do eu, quando empregado aqui, não deve ser considerado como algo que tem sua origem num ‘ego’!”<sup>94</sup>.

Conceituando facticidade, Heidegger escreve: “Mais precisamente, esta expressão significa: em cada caso ‘este’ *Dasein*, em seu estar-aí *por um período na época particular* [...] enquanto ele estiver, no caráter de seu ser, ‘aí’ na forma de estar-estando”<sup>95</sup>.

Com a expressão “por um período na época particular”, Heidegger quer dizer que o *Dasein* vive, enquanto sujeito que se compreende e compreende o mundo ao seu redor, por uma determinada quantidade de tempo de um período histórico particular.

Como já dito, o modo de ser de *Dasein* é ser-no-mundo, mas ele não está nele como uma moeda em uma caixa, mas sim como eu vivo em minha casa mesmo quando estou fora dela. “No” significa habitar uma determinada área, é ter familiaridade com ela. Heidegger identifica quatro significados para “mundo”. A concepção ôntica normal de mundo significa a totalidade dos seres objetivamente presentes no mundo, ou seja, o conjunto de todas as coisas. A concepção ontológica normal de mundo significa os modos de ser de todas as coisas presentes na concepção ôntica, ou seja, todas as formas que as coisas são no mundo. Em relação a *Dasein*, mundo pode ser compreendido como uma forma *existentiell*, pré-ontológica, como o conjunto de coisas como elas são encontradas por *Dasein* em sua vida cotidiana. Finalmente, mundo também pode ser compreendido ontologicamente como mundanidade [worldliness], que é o sentido ontológico do significado *existentiell*, e é o que Heidegger deseja esclarecer.<sup>96</sup>

---

<sup>93</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 82.

<sup>94</sup> HEIDEGGER apud SCHMIDT, loc. cit.

<sup>95</sup> HEIDEGGER apud SCHMIDT, op. cit., p. 83.

<sup>96</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 97-98

Uma primeira questão a ser respondida é de como as coisas se mostram a partir de si mesmas para *Dasein* em seu ser-no-mundo. O mais importante é que os significados que as coisas têm vêm originalmente da situação pragmática. O encontro mais original com as coisas úteis ocorre quando as estamos usando, e não pensando sobre elas. Em síntese, a caracterização ontológica do mundo é composta de todas as coisas e pessoas relevantes que *Dasein* descobre em sua situação pragmática, por isso, pode-se dizer que o mundo do artesão é o seu ambiente de oficina, incluindo outras pessoas envolvidas de alguma forma ou de outra. O mundo do professor, por sua vez, são seus livros, alunos, colegas, a instituição e assim por diante.<sup>97</sup>

Depois de trabalhar a visão de mundo, Heidegger passa para questão de quem é *Dasein*. É preciso ser ter cuidado para não se pressupor que ele é, simplesmente, eu mesmo, pois talvez não seja claro quem eu sou.<sup>98</sup>

Heidegger começa sua descrição fenomenológica com o mundo originalmente dado ao redor da situação pragmática. Não apenas temos as coisas úteis reveladas no local de trabalho, mas também há outras pessoas aí como assistentes, aqueles para quem o trabalho é feito, aqueles que fornecem as coisas úteis, e assim por diante. Eles estão aí tão originalmente quanto *Dasein* e as coisas úteis. “O mundo do *Dasein* é um mundo-com. Estar-dentro é estar-com outros. O ser-em-si interno dos outros é *Mitdasein* [com-*Dasein*]” [SZ: 118].<sup>99</sup>

Ser-com é um modo de ser de *Dasein*, ele sempre já está com outras pessoas. Assim, a característica existencial-ontológica de *Dasein* é ser-com e, ao estar-no-mundo com outras pessoas, eu mantenho relações diferentes com os outros. Posso ser o chefe, o criado, o amigo etc. Assim, conclui-se que o ser cotidiano ordinário *Dasein* também se relaciona com “o eles (*das Man*)”<sup>100</sup>.

Assim, as estruturas básicas de *Dasein* são de “ser junto com o mundo (cuidar das coisas), ser-com (preocupação), e ser o próprio eu (quem)”<sup>101</sup>. Em seguida, Heidegger desenvolve a estrutura do “ser-em”, ou seja, a questão de como o aí surge para *Dasein*, de como *Dasein* descobre o meio onde está.

É importante notar que a interpretação de alguma coisa como alguma coisa (*etwas als etwas*) “é fundamentada essencialmente na posição prévia, na visão e na concepção

<sup>97</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 99-101

<sup>98</sup> SCHMIDT, op. cit, p. 102.

<sup>99</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>100</sup> HEIDEGGER, apud SCHMIDT, op. cit., p. 103.

<sup>101</sup> HEIDEGGER, apud SCHMIDT, op. cit, p. 104.

prévia”<sup>102</sup>. “A interpretação nunca é um entendimento sem pressuposições de algo dado anteriormente”<sup>103</sup>.

Para Heidegger, mesmo na interpretação textual exata, qualquer reivindicação de um “o que ‘está aí’ [sem pressuposições] [...] é simplesmente o preconceito evidente e inquestionável do intérprete”<sup>104</sup>.

É importantíssimo fazer a ressalva de que, quando se usa a palavra preconceito aqui, quer-se significar as estruturas prévias de conhecimento trabalhadas por Heidegger, ou seja, não se emprega a conotação negativa do termo. Gadamer utilizará o termo *vorurteil*. “Em alemão, ‘vor-’ significa ‘pré-’ e ‘Urteil’ significa ‘juízo’, portanto, em referência às estruturas prévias de Heidegger, ‘Vorurteil’ significa preconceito”<sup>105</sup>.

A ideia de preconceito é importante porque enfatiza a tese de Heidegger de que não existem concepções diretas que possam evitar as estruturas prévias da compreensão. Para o autor, as teorias que aceitam a percepção direta dos sentidos ou da intuição direta apenas escondem a realidade, que são resultados da preconcepção daquele que se diz capaz de entender dessa forma.

Heidegger também responde uma objeção que provavelmente seria assentada contra sua teoria. “Se a compreensão necessariamente se baseia nas estruturas prévias e sempre é interpretação, então ‘como ela deveria produzir resultados científicos sem entrar no círculo?’”

Ocorre que fazer a pressuposição de que tal acontecimento seria um círculo vicioso é compreender erroneamente a interpretação. “O que é decisivo não é sair do círculo, mas entrar nele da forma correta”<sup>106</sup>.

Nos anos 1930, houve um giro (*Kehre*) no pensamento de Heidegger e os filósofos passaram a falar do “segundo” Heidegger. Esse segundo Heidegger não fala mais de hermenêutica nem do círculo hermenêutico; a hermenêutica enquanto análise da existencialidade da existência não é mais discutida.<sup>107</sup>

Pode-se dizer que a linguagem torna-se central no pensamento do autor, a linguagem se torna a casa do Ser. Assim, Heidegger começa com a ideia contemporânea de linguagem.

<sup>102</sup> HEIDEGGER, apud SCHMIDT, op. cit., p. 109.

<sup>103</sup> HEIDEGGER, apud SCHMIDT, op. cit., p. 110.

<sup>104</sup> HEIDEGGER, apud SCHMIDT, op. cit., p. 110.

<sup>105</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 146.

<sup>106</sup> HEIDEGGER apud SCHMIDT, op. cit., p. 111.

<sup>107</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 120-138.

“Ao falar, os oradores estão presentes, mas não como causa da fala como antes, e sim ‘na fala os que falam se presenciam’”<sup>108</sup>.

A linguagem agora é a casa do Ser, onde a essência da linguagem é o dizer silencioso do envio do Ser. Os seres humanos não são necessários para responder ao dizer, trazendo-o para fala. Isto permite que o *Ereignis* ocorra onde os seres vêm à presença. Heidegger não esclarece se poderia haver um sentido de hermenêutica enquanto compreensão interpretativa na resposta humana ao dizer a linguagem. Se a hermenêutica tiver um papel no segundo Heidegger, seria principalmente como um método de interpretação, especialmente poética, excluindo qualquer interpretação psicológica. Se o aluno de Heidegger, Hans-Georg Gadamer, não tivesse colocado a hermenêutica no centro de sua filosofia, o termo “hermenêutica” poderia muito bem ter desaparecido da discussão filosófica.<sup>109</sup>

### 3.3. Importância de Hans-Georg Gadamer

Conforme o que foi relatado no tópico dedicado à história da hermenêutica, pode-se dizer que, no começo da hermenêutica moderna, a tarefa do hermeneuta era a de integração da verdade do assunto do texto. A pesar de Schleiermacher desenvolver uma teoria universal, ele muda a tarefa da hermenêutica para a reconstrução ao enfatizar a interpretação psicológica. Através de Dilthey, a tarefa da hermenêutica se expande da reconstrução para incluir a compreensão nas ciências humanas, mas os requerimentos epistemológicos para a validade no conhecimento histórico precisavam de um sujeito cartesiano que era incompatível com sua filosofia de vida. Heidegger foi, então, o responsável por desenvolver a tarefa da hermenêutica à integração ao demonstrar que a compreensão é a realização de *Dasein*.<sup>110</sup>

A teoria da compreensão desenvolvida por Gadamer foi baseada na descrição ontológica de Heidegger das estruturas prévias da compreensão, que ele chama de preconceitos.<sup>111</sup>

Como se vê em Heidegger, a estrutura ontológica fundamental do ser humano é a compreensão. Estamos sempre compreendendo e qualquer ato de compreensão começa com estruturas prévias da compreensão e interpreta estas últimas como alguma coisa; o intérprete não pode escapar do círculo hermenêutico e obter um conhecimento direto.<sup>112</sup>

<sup>108</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 130.

<sup>109</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 138.

<sup>110</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 145.

<sup>111</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 150.

<sup>112</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 146.

“A tarefa de Gadamer na hermenêutica filosófica é demonstrar como se pode obter a compreensão correta fundamentando as estruturas prévias da compreensão nas coisas em si. [...] Ele descreve a experiência da verdade, ou como alcançar a compreensão correta” <sup>113</sup>.

Para que se possa chegar à verdade, é necessário que se saiba sobre a existência de preconceitos legítimos, que levam à compreensão e são baseados nas coisas em si, e ilegítimos, que não levam e são baseados em ideias ao acaso e concepções populares. Mas qual seria a base para a legitimidade dos preconceitos? <sup>114</sup>

“A primeira tarefa de Gadamer é reabilitar a autoridade da tradição para provar que podemos encontrar nela preconceitos legítimos” <sup>115</sup>. Mas é necessário que se anote o fato da tradição não ser absoluta, como pensavam os românticos. Embora ela seja uma fonte possível de preconceitos legítimos, nem tudo numa tradição é verdadeiro <sup>116</sup>.

“Julgamos que um texto pertence aos clássicos porque repetidamente achamos que ele contenha preconceitos verdadeiros ou legítimos. Isso não significa que o futuro fará este mesmo juízo”. <sup>117</sup>

A temporalidade da compreensão, revelada nas estruturas prévias da compreensão, demonstra que todos os nossos preconceitos vieram do passado; estamos sempre em alguma determinada tradição ou tradições.

“Devemos pensar a compreensão não como um ato subjetivo, e sim como a participação num evento de tradição, um processo de transmissão em que o passado e o presente são mediados constantemente” <sup>118</sup>.

### 3.3.1. Círculo hermenêutico e a história efetiva

A compreensão ocorre dentro o círculo hermenêutico. Ao interpretar um texto, o intérprete se move de um significado projetado do todo para as partes, e então volta para o todo. [...] Um exemplo de movimento da tradição são as formas diferentes pelas quais a *República* de Platão teria algo esclarecedor a dizer no decorrer de sua preservação na tradição. <sup>119</sup>

---

<sup>113</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>114</sup> SCHMIDT, op. cit., pp. 148/150.

<sup>115</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>116</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>117</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>118</sup> GADAMMER apud SCHMIDT, loc. cit.

<sup>119</sup> SCHMIDT, loc. cit.

Outra implicação da descrição ontológica de Heidegger do círculo hermenêutico é a concepção prévia de completude, ou seja, o intérprete precisa pressupor que o texto é coerente e procura dizer a verdade.<sup>120</sup>

Esta pressuposição de completude também é necessária logicamente para questionar um de nossos preconceitos em oposição a um preconceito diferente contido no texto. “É impossível termos consciência de um preconceito enquanto ele opera constantemente sem ser percebido – esta percepção só ocorre quando ele é, por assim dizer, provocado” [VM:299]. A pressuposição inicial de coerência e verdade permite que o preconceito do texto questione o nosso próprio preconceito. Imagine ler a alegoria da caverna de Platão, numa tradução portuguesa, para um jovem do século XXI. Compreendendo aquilo que é lido usando seus significados contemporâneos, ou seja, seus preconceitos herdados, ele poderia reclamar da inconsistência de ser acorrentado, mas ainda sim incapaz de olhar ao redor para o fogo. Ou, se ele compreendesse que estamos na posição daqueles acorrentados na caverna, ele poderia afirmar que a coisa toda é bobagem, já que ele claramente não está acorrentado na caverna. Seria necessário certo trabalho para fazer com que ele, com efeito, use a concepção prévia da completude para se perguntar que pressuposições devem ser feitas para compreender o texto como coerente e buscando a verdade. Quando ele fizer isto, terá questionado seu preconceito de uma leitura literal em oposição à leitura alegórica, e seu preconceito que favorece a veracidade das sensações. É claro que isto é apenas um passo inicial, e não determina como o texto será julgado na análise definitiva. “O lócus da hermenêutica é este ‘entre’” [VM: 295], entre aquilo que é familiar ou compartilhado e aquilo que é estranho no texto. O valor daquilo que é estranho em um texto permite que o intérprete questione aquilo que é familiar e normalmente aceito sem perguntas.<sup>121</sup>

A distância temporal do intérprete é, na verdade, “uma condição positiva e produtiva que permite a compreensão”<sup>122</sup>. O objetivo não é construir uma ponte temporal, mas sim descobrir o que o texto de para dizer a nós. Um texto ou um preconceito que se mantem na tradição provavelmente será valioso e também é importante perceber que “novas fontes de compreensão emergem continuamente revelando elementos de significado insuspeitos”<sup>123</sup>. A *Ética a Nicômaco* de Aristóteles, por exemplo, por mudanças ocorridas em nossa compreensão de mundo, pode ser lida hoje com maior discernimento do que na Idade Média<sup>124</sup>.

O termo “horizonte” indica nossa situação hermenêutica, ou seja, nosso conjunto de preconceitos. Ao tentarmos compreender um texto herdado, pode parecer devido que nós nos reportemos ao horizonte histórico daquele autor ou de um leitor original. Gadamer, entretanto, afirma que tal transposição empática é uma ficção romântica que não é desejável e nem possível.<sup>125</sup>

<sup>120</sup> SCHMIDT, op. cit., p.150/154.

<sup>121</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 151.

<sup>122</sup> GADAMER apud SCHMIDT, loc. cit.

<sup>123</sup> GADAMER apud SCHMIDT, op. cit., p. 152.

<sup>124</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>125</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 153.

Ela não é desejável porque mesmo se o intérprete pudesse ignorar completamente sua própria posição e adotar apenas a posição, o horizonte, do outro, então “a pessoa compreendendo teria, por assim dizer, parado de tentar alcançar um acordo” [VM: 303] e teria simplesmente adotado a posição do outro. Entretanto, como Gadamer afirmou, o propósito da compreensão interpretativa é descobrir a verdade sobre o assunto apresentado no texto.<sup>126</sup>

De qualquer forma, não é nem possível ignorar todos os nossos preconceitos, pois, como já visto, eles precisam ser provocados para que possamos questioná-los; a maioria de nossos preconceitos continuaria a funcionar de forma inconsciente. A consciência jamais poderia esquecer tudo que sabe.<sup>127</sup>

Para compreender um texto, é certo que precisamos projetar seu horizonte histórico. “Mas não é o caso que adquirimos este horizonte através de nossa transposição para uma situação histórica. Pelo contrário, nós sempre já precisamos ter um horizonte para podermos nos transpor para uma situação”<sup>128</sup>. Assim, devemos imaginar a outra situação, mas sempre trazendo, precisamente, nós mesmos. Usando a concepção prévia da completude, nosso horizonte presente é expandido através da inclusão de preconceitos diferentes e opostos que contam no texto enquanto questionamos nossos próprios preconceitos<sup>129</sup>.

Como é possível notar, quando compreendemos um texto, projetamos o horizonte do texto para o nosso próprio horizonte; “a compreensão sempre é a fusão destes horizontes que supostamente existem por si mesmos”<sup>130</sup>.

A adjudicação dos preconceitos em conflito do meu horizonte e o do texto, que é a descoberta de preconceitos legítimos, ocorrerá dentro deste horizonte de significado expandido. Antes, entretanto, Gadamer discute o “problema central da hermenêutica”: o problema da aplicação, que é essencial para projetar um horizonte histórico como uma fase no processo da compreensão.<sup>131</sup>

### 3.3.2. Aplicação e experiência hermenêutica

Heidegger teve o mérito de demonstrar que toda compreensão é uma interpretação, em virtude do círculo hermenêutico. Gadamer, por sua vez, demonstra que toda compreensão interpretativa necessita de aplicação para projetar o significado do texto.<sup>132</sup>

---

<sup>126</sup> SCHMIDT, loc. cit., pp. 153-154.

<sup>127</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>128</sup> GADAMER apud SCHMIDT, loc. cit.

<sup>129</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>130</sup> GADAMER, apud SCHMIDT, op. cit., p. 155

<sup>131</sup> SCHMIDT, loc. cit..

<sup>132</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 156.



“A aplicação não significa primeiro compreender um dado universal por si mesmo e então depois aplica-lo a um caso concreto. Ela é a compreensão do próprio universal – o texto.”<sup>133</sup>

Para explicar o processo de aplicação, Gadamer utiliza a obra *Ética a Nicômaco* de Aristóteles como “modelo dos problemas de hermenêutica”<sup>134</sup>.

Aristóteles afirma que a realização de uma norma ética numa situação concreta particular exige deliberação para determinar como esse universal pode ser instanciado nesta situação particular: em outras palavras, como ele deve ser aplicado e realizado. A deliberação ética de Aristóteles é um modelo de aplicação por duas razões. Primeiro, ela demonstra como podemos aplicar logicamente um universal, o texto, a uma situação particular, a do intérprete, sem subsumir dedutivamente o indivíduo a uma lei universal. Segundo, ela demonstra como aquele que está envolvido com a compreensão pode obter autoconhecimento sem pressupor uma perspectiva objetiva. Gadamer identifica três aspectos da discussão de Aristóteles relevantes à aplicação da hermenêutica.<sup>135</sup>

Primeiro, as normas éticas universais, como a coragem, por exemplo, são imagens orientadoras e não generalizações universais. Portanto, sua realização requer uma consideração da situação concreta. Além disso, conforme demonstra a discussão sobre a equidade, a realização de uma lei ao caso concreto pode envolver modificação da letra da lei para realização do seu verdadeiro significado.<sup>136</sup>

Segundo, a aplicação de uma norma ética ao caso concreto não pode ser dada antes do tempo, como se sua aplicação pudesse se realizar pela dedução – ela é incerta e requer deliberação<sup>137</sup>. Como se verá em Lenio Streck, não é possível que se dê respostas antes mesmo das perguntas.

Terceiro, a “compreensão simpática”<sup>138</sup>, que está associada ao sentido em que Aristóteles diz que somente amigos podem dar conselhos. Assim, a aplicação do texto, ou seja, a projeção de horizonte, requer que o intérprete aborde o texto simpaticamente, para fortalecer o que ele tem a dizer, como pôde ser notado formalmente na concepção prévia da completude.<sup>139</sup>

Para demonstrar como a aplicação funciona, Gadamer considera dois casos de compreender uma lei: o juiz que precisa compreender como a lei se aplica a um caso concreto

---

<sup>133</sup> GADAMER, apud SCHMIDT, loc. cit.

<sup>134</sup> GADAMER, apud SCHMIDT, loc. cit.

<sup>135</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>136</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 158.

<sup>137</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>138</sup> GADAMER, apud SCHMIDT, loc. cit.

<sup>139</sup> SCHMIDT, loc. cit.

e o historiador que “busca determinar o significado da lei ao considerar o conjunto completo de suas aplicações” <sup>140</sup>.

“Ele [o juiz] precisa levar em conta a mudança de circunstâncias e a partir daí redefinir a função normativa da lei” <sup>141</sup>. As circunstâncias do caso particular podem não ter sido levadas em conta pelo legislador, assim o juiz deve estabelecer um novo caso precedente para realizar a lei corretamente. Em outras palavras, o juiz aplica o significado verdadeiro da lei ao caso particular. <sup>142</sup>

Quanto ao historiador legal, sua compreensão da lei não pode ser limitada a seu uso inicial, devendo incluir como ela foi interpretada desde então, porque estes casos precedentes são considerados parte do significado da lei. <sup>143</sup>

Gadamer também disserta sobre a compreensão histórica e literária. O crítico literário, bem como o juiz, deve considerar o que o texto tem a nos dizer hoje, ou seja, o que o autor teria escrito se soubesse do que sabemos. O filólogo, assim como o historiador legal, pareceriam estar interessados apenas naquilo que os leitores originais compreendiam, mas isso não abrangeria o significado completo do texto. <sup>144</sup>

Para descobrir o significado completo de um texto o filólogo deve levar em consideração a história efetiva de um texto, ou seja, os significados deste texto que foram afirmados como parte do significado do texto durante sua tradição. Por isso, o filólogo também deve aplicar o texto à situação atual. <sup>145</sup>

Após dizer que a compreensão interpretativa abarca, necessariamente, a aplicação na projeção do horizonte do texto e que a compreensão é a fusão destes horizontes supostamente separados, Gadamer volta a uma consideração da consciência efetuada historicamente. <sup>146</sup>

Sabe-se que a história afeta a consciência do intérprete ao estabelecer seu conjunto de preconceitos herdados ou seu horizonte de significado. Numa compreensão ingênua, ele simplesmente seguiria esses preconceitos sem perceber seus efeitos. “Entretanto a consciência histórica efetiva no sentido estreito percebe este condicionamento histórico, pode refletir sobre ele, e pode adjudicar entre seu próprio horizonte e o do texto na fusão de horizontes”. <sup>147</sup>

---

<sup>140</sup> GADAMER, apud SCHMIDT, loc. cit.

<sup>141</sup> GAMADER, apud SCHMIDT, loc. cit.

<sup>142</sup> SCHMIDT, loc. cit, p. 158.

<sup>143</sup> SCHMIDT, loc. cit., p. 161.

<sup>144</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 159.

<sup>145</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>146</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>147</sup> SCHMIDT, loc. cit.

### 3.3.3. Dialética da pergunta e da resposta

Na experiência hermenêutica de compreender um texto, a aplicação significa fazer o texto falar com o intérprete. “É como ter um Tu falando com o intérprete”. Gadamer relata três relações Eu/Tu possíveis a três formas diferentes de se relacionar com um texto.<sup>148</sup>

Na primeira relação Eu/Tu, Eu trata o outro como um objeto, onde o comportamento do Tu é subsumido. O intérprete acredita ingenuamente “no método e na objetividade que pode ser atingida através dele”<sup>149</sup>.

A segunda relação Eu/Tu reconhece o outro como pessoa, mas acredita conhecê-lo a partir do ponto de vista dele, melhor que ele próprio.<sup>150</sup>

A terceira relação Eu/Tu experimenta “o Tu realmente como um Tu – ou seja, sem ignorar a reivindicação dele, deixando-o realmente dizer algo para nós”<sup>151</sup>.

O Eu escuta o outro e está aberto às suas reivindicações. Isto não significa que Eu concorda cegamente com o outro, mas que Eu “preciso aceitar algumas coisas que estão contra mim, mesmo que ninguém mais me force a fazê-lo”. Isto está correlacionado com a relação hermenêutica apropriada com um texto. O intérprete deve escutar o que um texto, enquanto parte da tradição, tem a dizer. Reconhecendo a verdade da experiência, o intérprete está aberto a ter uma nova experiência, ou seja, está “aberto à reivindicação da verdade encontrada nela [a tradição]”.<sup>152</sup>

O modelo de Gadamer de compreensão é um diálogo sobre um tópico onde o objetivo é chegar a um acordo sobre esse tópico. Como visto, a relação hermenêutica apropriada é a terceira relação Eu/Tu. A forma lógica de abertura à experiência é a pergunta. A pergunta, importa esclarecer, não pode ser enviesada, como perguntar qual é a cor do número dois.<sup>153</sup>

Perguntar o que o autor do texto intencionava, para Gadamer, é uma pergunta enviesada, pois pressupõe o critério de significado errado. Fazer a pergunta não é fácil. “Não existe um método de aprendizado para fazer perguntas, para aprender a ver o que é perguntável”<sup>154</sup>. Fazer e responder perguntas é um diálogo e, quando entramos num diálogo só para provar que estamos certos, esse diálogo é inautêntico.<sup>155</sup>

<sup>148</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 161.

<sup>149</sup> GADAMER apud SCHMIDT, loc. cit.

<sup>150</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 162.

<sup>151</sup> GADAMER apud SCHMIDT, loc. cit.

<sup>152</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>153</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 162-163.

<sup>154</sup> GADAMER apud SCHMIDT, loc. cit.

<sup>155</sup> SCHMIDT, loc. cit.

O intérprete deve fazer com que o texto fale consigo, tal é o trabalho de aplicação. Usa-se a concepção prévia da completude para desenvolver os argumentos do texto, que podem questionar sua própria posição. As posições ou preconceitos em conflito existem dentro do horizonte expandido onde acontece a fusão de horizontes. É dentro desse horizonte expandido que a pergunta que trata do assunto sob debate será decidida mediante o descobrimento dos preconceitos legítimos. Gadamer afirma que a mistura de perguntas é aquilo que ele se referia como fusão de horizontes.<sup>156</sup>

Gadamer desenvolve a hermenêutica filosófica a partir da descrição ontológica da compreensão de Heidegger. A pergunta epistemológica que a hermenêutica filosófica responderá é a seguinte: como é possível diferenciar os preconceitos legítimos dos ilegítimos? Considerando que o intérprete está inserido na história e é capaz de perceber sua situação hermenêutica, ao interpretar, ele deverá utilizar a concepção prévia da completude para questionar seus próprios preconceitos e projetar o horizonte de significado do texto. “Para projetar o horizonte do texto, o intérprete deve aplicar ou traduzir o texto para seu próprio horizonte de significado, agora expandido. Assim, a compreensão interpretativa entra num diálogo com o texto como se ele fosse outra pessoa”. É dentro desse diálogo que ocorre a fusão de horizontes.<sup>157</sup>

Dissertou-se, aqui, sobre os elementos básicos da experiência hermenêutica, mas ainda não foi esclarecido como descobrimos que preconceitos são legítimos dentro da fusão de horizontes. Foi apenas dito que, segundo Gadamer,

os preconceitos legítimos são baseados na coisa em si, que a compreensão correta ocorre quando as partes e o todo formam uma unidade de significado, que a distância, temporal ou não, ajudará este processo, e que a compreensão ocorre como a fusão de horizontes. ‘A fusão de horizontes que ocorre na compreensão é na verdade a realização da linguagem’ [VM: 378]. Portanto, precisamos examinar o conceito de linguagem antes de podermos explicar como a fusão de horizontes resulta na compreensão correta.<sup>158</sup>

---

<sup>156</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>157</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 165.

<sup>158</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 165-166.

### 3.3.4. Viro ontológico de Gadamer para a linguagem

Antes de explicar como os preconceitos legítimos são descobertos, Gadamer examina o conceito de linguagem. A linguagem é o meio e objeto da experiência hermenêutica, ela é a base ontológica da compreensão.<sup>159</sup>

A compreensão de um texto não tem a ver com a recriação de como ele surgiu, mas sim de averiguar o que ele tem a nos dizer. “Mas isto significa que os próprios pensamentos do intérprete foram usados para redespertar o significado do texto”<sup>160</sup>. O caráter linguístico significa que a compreensão ocorre no meio da linguagem. “Nossa consciência, que é sempre efetuada pelo passado, é concretamente (ou seja, realmente) aquilo que compreendemos através da linguagem, através da fusão de horizontes. Tanto para Gadamer, como para Heidegger, a linguagem é a revelação do mundo”.<sup>161</sup>

A linguagem também é o objeto da experiência hermenêutica. Existem muitos objetos não linguísticos, como as obras de arte e os monumentos, mas para os interpretar e pensar sobre eles precisamos de uma linguagem. O intérprete precisa fazer com que o texto escrito fale. “Toda escrita afirma que pode ser despertada para a linguagem falada”<sup>162</sup>. A idealidade da palavra ou autonomia do significado permite que o leitor possa experimentar o que o texto tem a dizer para ele.<sup>163</sup>

Como vimos, compreender um texto é ouvir o que ele tem a nos dizer, o que significa que “temos que traduzi-lo para a nossa própria linguagem”<sup>164</sup>. A dialética de pergunta e resposta acontece por meio da linguagem: os nossos próprios preconceitos são linguísticos.

“Interpretar significa precisamente colocar os nossos próprios preconceitos em jogo para que o significado do texto realmente possa falar conosco”<sup>165</sup>. Como a fusão de horizontes envolve o horizonte expandido do intérprete e intérpretes em tempos históricos diferentes têm horizontes expandidos diferentes, a compreensão correta do que o texto tem a

---

<sup>159</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 187.

<sup>160</sup> GADAMER apud SCHMIDT, op. cit., p. 169.

<sup>161</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>162</sup> GADAMER apud SCHMIDT, loc. cit.

<sup>163</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>164</sup> GADAMER apud SCHMIDT, loc. cit.

<sup>165</sup> GADAMER apud SCHMIDT, op. cit., p. 170.

dizer será afirmada diferentemente em situações hermenêuticas diferentes <sup>166</sup>. “Portanto, não pode haver nenhuma interpretação particular que seja correta ‘por si mesma’” <sup>167</sup>. <sup>168</sup>

Isso não significa que as interpretações se tornam subjetivas ou que não seja possível interpretar de forma errada. Pelo contrário, “o caráter explícito verbal que a compreensão obtém através da interpretação não cria um segundo sentido diferente daquele que é compreendido e interpretado” <sup>169</sup>. Para compreensão de como se pode chegar a um acordo na conversa entre o intérprete e o texto, Gadamer analisa o desenvolvimento do conceito de linguagem no Ocidente. <sup>170</sup>

### 3.3.5. Desenvolvimento do conceito de linguagem

Gadamer começa sua discussão sobre a linguagem com *Crátilo*, concluindo que tanto a teoria convencionalista, segundo a qual a palavra é um sinal que concordamos em usar para representar um objeto já conhecido, quanto a da semelhança, de acordo com a qual a palavra é uma cópia daquilo que nomeia, estão equivocadas, pois pressupõe que primeiro conhecemos alguma coisa antes de designar uma palavra para ela. <sup>171</sup>

Para o autor, seguindo a análise de Heidegger, “a linguagem e o pensar sobre as coisas estão tão unidos que é uma abstração conceber um sistema de verdades como um sistema pré-dado de possibilidades de ser para o qual o sujeito significante seleciona sinais correspondentes” <sup>172</sup>. A experiência ocorre, na verdade, dentro da própria linguagem. “Nós procuramos a palavra correta – ou seja, a palavra que realmente pertence à coisa – para que nela a coisa venha para a linguagem” <sup>173</sup>.

O sentido da palavra como revelação do mundo é exemplificado no conceito cristão de encarnação, onde a palavra é pensada como um verbo. A palavra divina traz o ser nomeado para a existência. Para Gadamer, interessam as três distinções que Tomás de Aquino estabelece entre a palavra divina e a humana. <sup>174</sup>

---

<sup>166</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>167</sup> GADAMER apud SCHMIDT, loc. cit.

<sup>168</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>169</sup> GADAMER apud SCHMIDT, loc. cit.

<sup>170</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>171</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 171/175.

<sup>172</sup> GADAMER apud SCHMIDT, op. cit., p. 171.

<sup>173</sup> GADAMER apud SCHMIDT, loc. cit.

<sup>174</sup> SCHMIDT, loc. cit.

Primeiro, enquanto a palavra divina é realidade pura, a compreensão humana tem início com seus preconceitos, nossa linguagem herdada, e então através da interpretação encontramos as palavras corretas para trazer o assunto para a compreensão explícita. Segundo, a palavra humana é incompleta e é assim porque “nosso intelecto é imperfeito”<sup>175</sup>, não porque é incapaz de refletir nosso pensar com precisão. Finalmente, enquanto a palavra divina expressa a essência da coisa completamente, a palavra humana faz isso de maneira incompleta, pois “apesar das palavras humanas trazerem o assunto para a presença, a finitude humana e nossa abertura para experiências futuras implicam que o assunto nunca está totalmente presente”.<sup>176</sup>

Estas distinções demonstram que o pensar e o falar formam uma unidade interna. O pensar ocorre na linguagem. Elas também demonstram que as palavras humanas, por serem incompletas, podem ser desenvolvidas no evento da formação de conceitos.<sup>177</sup>

A questão da formação de conceitos atinge um novo nível com Nicolau Cusa (1401-1464). Segundo o qual as linguagens humanas revelam a complicação criativa da linguagem onde as diferentes comunidades linguísticas desenvolveram seus conceitos em relação ao seu próprio modo de vida. O exemplo é a palavra “camelo”. A língua alemã e a portuguesa têm apenas uma palavra, mas uma linguagem do norte da África tem muitas palavras que denotam relações diferentes e importantes entre seres humanos e os camelos. A teoria de Cusa propõe um ponto intermediário entre o nominalismo e o essencialismo.<sup>178</sup>

Para esclarecer essa relação entre as diferentes linguagens humanas, Gadamer emprega a teoria de Humboldt, de acordo com o qual “toda linguagem deve ser vista como uma visão particular do mundo”<sup>179</sup>. “A linguagem apresenta uma visão de mundo não por causa da de sua estrutura formal, mas ‘por causa daquilo que é dito ou legado nesta linguagem’”<sup>180</sup>. A ideia central de Humboldt, da qual Gadamer se apropria, é que “uma visão de linguagem é uma visão de mundo”<sup>181</sup>.

Não há, entretanto, uma linguagem perfeita em que o mundo apareça em si. “A perfectibilidade infinita da experiência humana do mundo significa que, não importa que

---

<sup>175</sup> GADAMER apud SCHMIDT, op. cit., p. 172.

<sup>176</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>177</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>178</sup> SCHMIDT, op. cit, pp. 172-173.

<sup>179</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>180</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>181</sup> SCHMIDT, loc. cit.

linguagem utilizemos, nunca somos capazes de ver nada além de um aspecto cada vez mais estendido, uma ‘visão de mundo’”<sup>182</sup>.

### 3.3.6. Universalidade da hermenêutica

Após esclarecer a relação entre a linguagem e o mundo que ela revela, Gadamer definiu em que sentido o intérprete pertence à tradição. “O fato de uma pergunta da tradição se endereçar primeiro ao intérprete, que então responde com sua interpretação, prova que a experiência hermenêutica é um evento na linguagem”. O evento revelador que a linguagem é pode ser observado tanto da perspectiva do intérprete como da do objeto.

Da perspectiva do intérprete, o evento da linguagem significa que a “palavra que desceu para nós como tradição e que devemos escutar realmente nos encontra”<sup>183</sup>. O intérprete, que deve estar aberto a novas experiências, é questionado pela tradição e interpreta a resposta do texto ao assunto sob discussão.<sup>184</sup>

Da perspectiva do objeto, “a palavra da tradição, o evento da linguagem significa ‘o vir brincar, a brincadeira do conteúdo da tradição em suas possibilidades cada vez mais amplas de significância’”<sup>185</sup>.

Como o modo de ser da tradição é a linguagem, e ela fala conosco, “é literalmente mais correto dizer que a linguagem nos fala, em vez de que nós a falamos”. Nós herdamos nossos preconceitos da tradição, e eles constituem nosso horizonte linguístico de significado possível. Como a compreensão deve começar com esta linguagem herdada e seu esquema conceitual, podemos dizer que a linguagem nos fala. Ao interpretar um texto do passado, o intérprete entra no evento da tradição da linguagem. Portanto, “realmente é verdade dizer que este evento não é nossa ação sobre a coisa, mas o próprio ato da coisa”.<sup>186</sup>

De todo modo, os erros subjetivos de interpretação devem ser eliminados e a tradição não pode ser o critério para a interpretação correta, uma vez que ela sempre está correta em relação ao intérprete atual e isso equivaleria à posição dos românticos de que o passado está sempre correto, que Gadamer criticou.<sup>187</sup>

<sup>182</sup> GADAMER apud SCHMIDT, op. cit., p. 174.

<sup>183</sup> GADAMER apud SCHMIDT, op. cit., p. 176.

<sup>184</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>185</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>186</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>187</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 177.



Prosseguindo, Gadamer anuncia que toda apropriação da tradição é historicamente diversa, mas isso não significa dizer que cada uma representa somente uma compreensão imperfeita dela. Mas sim que cada uma é uma experiência de um ‘aspecto’ da coisa em si.<sup>188</sup>

Do mesmo modo que uma linguagem representa uma visão de mundo particular, cada interpretação correta também representa uma visão ou aspecto da coisa em si. “Ser a mesma, mas, ao mesmo tempo diferente, prova que toda interpretação é, de fato, especulativa”<sup>189</sup>.

Existem, e continuarão a existir, interpretações bem-sucedidas e corretas de *Hamlet*. Não há uma única interpretação perfeita, e sim uma série de interpretações bem-sucedidas de *Hamlet* que trazem o assunto da peça para o palco. Cada apresentação bem-sucedida, ainda que diferente, encena um “aspecto” ou perspectiva do assunto único de *Hamlet*. Ela é um evento especulativo por ser diferente, mas ao mesmo tempo espelhar o mesmo assunto único.<sup>190</sup>

Em uma interpretação bem-sucedida, o evento especulativo de uma perspectiva do assunto chega ao horizonte de linguagem do intérprete. Ser especulativo significa que o mesmo assunto chega à linguagem em interpretações diferentes, mas, mesmo assim, corretas. Desses resultados, Gadamer retira uma realidade ontológica universal: “O ser que pode ser compreendido é a linguagem”.<sup>191</sup>

A universalidade da hermenêutica é confirmada porque qualquer compreensão do ser sobre a qual os intérpretes chegarem a concordar ocorre na linguagem, sendo que a compreensão da linguagem requer interpretação e aplicação, ou seja, hermenêutica.<sup>192</sup>

Aquilo que pode ser compreendido, ou mal compreendido, é realizado na linguagem. Como a compreensão ocorre dentro do círculo hermenêutico, do qual não podemos escapar, toda compreensão começa com preconceitos herdados. Nossos próprios preconceitos também são linguísticos, pois o modo de ser da tradição é a linguagem.<sup>193</sup>

Assim, a compreensão ocorre dentro da linguagem, até a percepção de um suposto dado bruto dos sentidos significa trazê-lo para a linguagem. Até mesmo o pensar surge como um diálogo interno na linguagem.<sup>194</sup>

---

<sup>188</sup> SCHMIDT, op. cit., p.178.

<sup>189</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>190</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 179.

<sup>191</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>192</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>193</sup> SCHMIDT, loc. cit.

<sup>194</sup> SCHMIDT, loc. cit.

### 3.3.7. Concepção hermenêutica

Para desenvolver dois pontos sobre a compreensão hermenêutica, Gadamer se refere à metafísica do belo de Platão. Para este autor, o belo está ligado ao bom e verdadeiro, mas tem uma vantagem sobre eles: brilha por si mesmo e se faz imediatamente evidente no evento da compreensão.

O primeiro ponto de Gadamer é que “o aparecimento do belo e o modo de ser da compreensão têm o caráter de um evento”<sup>195</sup>

O segundo ponto é que “o belo, em seu brilho, apresenta-se imediatamente como belo e como bom e verdadeiro”<sup>196</sup>.

“A resposta belamente enunciada brilha e é evidente, fazendo com que os interlocutores concordem”<sup>197</sup>. Aquilo que é bem dito pode “se afirmar pela razão de seu próprio mérito”<sup>198</sup>.

O que nos convence por seu caráter evidente “sempre também é algo surpreendente, como uma nova luz sendo acesa”. Quando algo nos fala a partir da tradição, ele faz uma afirmação para nós e é evidente, mesmo que não seja decidido em todos os detalhes.<sup>199</sup>

Juntando esses dois pontos, Gadamer finalmente, embora de modo implícito, responde a pergunta epistemológica inicial sobre os preconceitos legítimos. Num diálogo entre interlocutores, ou entre intérprete e texto, existem várias interpretações possíveis, ou seja, preconceitos possíveis, que são todos levados em consideração. Em algum momento, de uma forma imprevisível uma das interpretações ou preconceitos (ou mais de um) “brilha como a interpretação evidente ou correta e convence os interlocutores de sua veracidade. Este é o evento hermenêutico da verdade”.<sup>200</sup>

Esse evento ocorre quando o intérprete, ao levar em consideração os elementos da parte e do todo, experimenta sua unidade de significado coerente. Tudo se encaixa repentinamente e a fusão de horizontes acarreta a descoberta dos preconceitos verdadeiros e rejeição dos ilegítimos.

<sup>195</sup> GADAMER apud SCHMIDT, op. cit., p. 181.

<sup>196</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 182.

<sup>197</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 181.

<sup>198</sup> GADAMER apud SCHMIDT, loc. cit.

<sup>199</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 182.

<sup>200</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 182-183.

Pôde ser notado que, segundo Gadamer, no evento da linguagem é mais correto se dizer que a linguagem nos fala e que esse evento é mais um ato próprio da coisa do que nosso ato subjetivo. Assim, o fato de algo ser bem dito e convencer é muito mais um ato próprio do assunto.

O maior impedimento para reconhecer a proposta de Gadamer é nosso preconceito em favor do método científico e seu conceito de verdade, que Heidegger, bem como Gadamer, questiona.<sup>201</sup>

No final de *Verdade e método*, Gadamer diz que, apesar de não haver compreensão “livre de todos os preconceitos”<sup>202</sup>, de qualquer forma “aquilo que a ferramenta do método não realiza deve – e realmente pode – ser realizado por uma disciplina de perguntar e investigar, uma disciplina que garanta a verdade”<sup>203</sup>.

“De qualquer forma, o diálogo hermenêutico entre pergunta e resposta pode levar a um evento da verdade onde os interlocutores conseguem chegar a um acordo sobre o caráter evidente da verdade que eles experimentaram”<sup>204</sup>.

### 3.4. Positivismo, discricionariedade e senso comum teórico

Como se viu em Heidegger, a estrutura ontológica fundamental do ser humano é a compreensão, estamos sempre compreendendo. Estamos num “mundo”, em um dado tempo e sempre compreendendo a partir de nossos próprios preconceitos.

Os juristas também estão no mundo compreendendo, como todos os outros humanos (outros *Dasein*). Passar-se-á a dissertar mais especificamente sobre os juristas e de como compreendem e interpretam, pois o presente trabalho trata da interpretação de um dispositivo constitucional a ser interpretado por juristas, os quais, por viverem também num “mundo jurídico”, possuem preconceitos que lhes são próprios (preconceitos no sentido trabalhado por Gadamer).

Quanto à interpretação de textos legais, por motivos históricos e até mesmo para que se entenda a contemporaneidade, convém dissertar um pouco sobre o positivismo.

---

<sup>201</sup> SCHMIDT, op. cit., op. 184.

<sup>202</sup> GADAMER apud SCHMIDT, op. cit., p. 185.

<sup>203</sup> SCHMIDT, op. cit., p. 186.

<sup>204</sup> SCHMIDT, loc. cit.

O positivismo é uma postura *científica* que se solidifica de maneira decisiva no século XIX. O “positivo” a que se refere o termo *positivismo* é entendido aqui como sendo os  *fatos* (lembramos que o neopositivismo lógico também teve a denominação de “empirismo lógico”). Evidentemente,  *fatos*, aqui, correspondem a uma determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento.<sup>205</sup>

Fala-se muito em dois tipos de juízes, ou intérpretes: o “positivista, que se apegue à lei,” e o “crítico pós-positivista”, que utiliza os princípios (que seriam a “positivação de valores”). De acordo com essa tese, o modelo ideal de juiz seria o segundo. Há que se dizer, contudo, que, ao incentivarem a busca de valores, os autores mal sabem que estão fazendo uma vulgata do velho positivismo fático (realismo jurídico).<sup>206</sup>

Mas poderia o positivismo ser sinônimo de obediência à lei nos seus mínimos detalhes? Ou seria, na verdade, em todas as suas vertentes, a obediência à consciência do intérprete?

O positivismo exegético, forma primitiva de positivismo, é coisa muito distinta de “estrita obediência à lei”, uma vez que se tratava da velha crença da proibição de interpretar, ainda presente no imaginário de muitos juristas, como se retirar o sentido da lei sem interpretação fosse possível, ou seja, como se a lei fosse portadora de um sentido certo e determinado que a acompanha eternamente, desde sua concepção.<sup>207</sup>

Num segundo momento histórico, reconhecida a insuficiência do positivismo exegético e de todo seu “rigor”, surge o positivismo normativista. Isso é feito por Kelsen, constatando que o problema da interpretação no Direito é muito mais semântico do que sintático. O próprio Kelsen, entretanto, “se rende” aos seus adversários, reconhecendo que a interpretação do Direito é eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista<sup>208</sup>. Portanto Kelsen não venceu o grande problema do positivismo exegético: a discricionariedade.

Além de não serem sinônimos de “obediência à lei nos seus mínimos detalhes”, outra coisa todas as teorias positivistas e “pós-positivistas”, incluindo-se as teorias de postura caudatária da jurisprudência dos valores (que foi “importada” de forma equivocada da Alemanha), do realismo jurídico (que se configura em um positivismo fático) e da ponderação de valores (pela qual o juiz literalmente escolhe um dos princípios que ele mesmo elege *prima*

<sup>205</sup> STRECK, Lenio Luiz. O que é isto: **Decido Conforme a minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 85-86.

<sup>206</sup> STRECK, 2013, p. 84.

<sup>207</sup> STRECK, 2013, p. 85.

<sup>208</sup> STRECK, 2013, pp. 85-88.

*facie*) têm em comum: a discricionariedade <sup>209</sup>. Isso por que em todas elas, de uma forma ou de outra, o sujeito acaba interpretando ou julgando conforme a sua consciência, uma vez que não reconhece estar no círculo hermenêutico e, por isso, não é capaz de realizar a fusão de horizontes e distinguir os preconceitos legítimos dos ilegítimos. Em todas elas impera a discricionariedade do sujeito.

O processo hermenêutico, como visto quando se tratou de filosofia da linguagem, tem um caráter produtivo, não se trata de mera reprodução. As palavras da lei não são unívocas, mas sim plurívocas <sup>210</sup>. O sentido da lei é construído no momento de sua interpretação, vencidos os preconceitos ilegítimos.

Muito embora isso e não obstante os avanços das teses antimetafísicas de cunho linguístico-fenomenológico, a dogmática jurídica sofre de uma “compulsiva lógica da aparência de sentidos, que opera como uma espécie de garantia de obtenção, em forma retroativa, de um significado que já estava na lei desde sua promulgação” <sup>211</sup>.

Acredita-se, ainda, que o Direito permite verdades apofânticas. Há uma constante busca sobre o “correto sentido da norma”, ou seja, de uma espécie de “sentido-primevo-fundante”. <sup>212</sup>

Na dogmática jurídica vigente, ainda vigora o paradigma epistemológico que tem como escopo o esquema sujeito-objeto, “onde um sujeito observador está situado em frente a um mundo, mundo este por ele ‘objetivável e descritível’, a partir de seu *cogito*”. Acredita-se, assim, na possibilidade de existência de um sujeito capaz de estabelecer, de forma objetificante, condições de interpretação e aplicação. “O jurista, de certo modo, percorre a antiga estrada do historicismo”. Não se considera já e sempre no mundo, mas sim como se estivesse estando-em-frente-a-esse-mundo, o qual ele pode conhecer fazendo uso de algum “instrumento” (terceira coisa) que é a linguagem jurídica. <sup>213</sup>

Para melhor compreensão do que foi acima exposto, importa fazer breve análise do modo interpretativo vigente no cotidiano dos juristas.

---

<sup>209</sup> STRECK, 2013, pp. 85-89.

<sup>210</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica (e)m Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pp. 73-74.

<sup>211</sup> WARAT, Luis Alberto *apud* STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica (e)m Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 74.

<sup>212</sup> STRECK, 2013, pp. 85-89.

<sup>213</sup> STRECK, loc. cit.

Para Aníbal Bruno <sup>214</sup>, interpretar a lei é penetrar-lhe o verdadeiro e exclusivo sentido, sendo que, quando a lei é clara (*in claro non fit interpretatio*), a interpretação é instantânea. Esse autor, de certo modo, acredita na existência de um sentido primevo da norma (texto jurídico), como o intérprete fosse capaz de “apreender o sentido das palavras em si mesmas”. Nesse caso, a linguagem tem um caráter secundário, qual seja a de servir meramente como veículo para busca da verdadeira “essência” do Direito ou do texto normativo. <sup>215</sup>

No mesmo sentido argumenta Paulo Nader <sup>216</sup>, segundo o qual interpretar é fixar o sentido da norma e descobrir sua finalidade, desvendando-se os valores consagrados pelo legislador. Para ele, o subjetivismo deve ser evitado durante a interpretação, fazendo-se valer dos valores magistrais do Direito, como a justiça e a segurança, que promovem o bem comum. <sup>217</sup>

O próprio Carlos Maximiliano <sup>218</sup>, em sua clássica obra que versa sobre hermenêutica, acredita que interpretar é encontrar o significado verdadeiro de uma expressão. Não é temerário notar sua aproximação à tese objetivo-idealista de Emilio Betti. “A tradição hermenêutica inaugurada por Maximiliano no Brasil tem uma similitude com a hermenêutica normativa de Betti, isto é, uma hermenêutica que dá regras para a interpretação, as quais dizem respeito tanto ao objeto como ao sujeito da interpretação”. <sup>219</sup>

Mais contemporaneamente, Maria Helena Diniz entende que interpretar é dar o verdadeiro significado do vocábulo, extrair da norma tudo o que nela se contém, revelando seu sentido apropriado para a vida real e conducente a uma decisão. <sup>220</sup>

É claro que a doutrina não se limita aos autores supracitados, nem somente aos seus entendimentos. Poderiam ser trazidos, também, os entendimentos de Ronaldo Poletti, Paulo Dourado Gusmão, Caio Mario da Silva Pereira, Arnold Wald, Eduardo Espíndola, Virgílio de Sá Pereira e Paulo Lacerda, Washington de Barros Monteiro, Paula Baptista, Sílvio Rodrigues dentre outros. Isso sem mencionar a doutrina estrangeira. <sup>221</sup>

---

<sup>214</sup> BRUNO, Aníbal *apud* STRECK, 1999, p. 75.

<sup>215</sup> STRECK, loc. cit.

<sup>216</sup> STRECK, loc. cit.

<sup>217</sup> STRECK, loc. cit.

<sup>218</sup> STRECK, loc. cit.

<sup>219</sup> STRECK, 1999, p. 76.

<sup>220</sup> DINIZ, Maria Helena *apud* STRECK, loc. cit.

<sup>221</sup> STRECK, 1999, pp. 76-78.

É possível perceber no pensamento dos juristas brasileiros, contudo, uma forte tendência à “busca do verdadeiro sentido da norma” e na “revelação” que deve ser feita pelo intérprete. Assim, é bem presente a dicotomia sujeito-objeto, própria da filosofia da consciência, onde a linguagem é um *tertius* apto a buscar “verdades silentes”.<sup>222</sup>

Tal situação é essencialmente prejudicial ao Direito pátrio, pois tem como consequência a discricionariedade e, portanto, o enfraquecimento do Direito e, consequentemente, da Democracia e da República.

A discricionariedade acaba por se vincular, também, com o surgimento do que Warat chama de sentido comum teórico, que aprisiona os juristas e, ao mesmo tempo, não permite como que eles, então inseridos nesse *hábitos* (sentido comum teórico), tenham consciência da problemática.<sup>223</sup>

O sentido comum teórico “coisifica” o mundo e compensa as lacunas da ciência jurídica. Interioriza – ideologicamente – convenções linguísticas acerca do Direito e da sociedade. Refere-se à produção, à circulação e à “consumação” das verdades nas diversas práticas de enunciação e de escritura do Direito, designando o conjunto das representações, crenças e ficções que influenciam, despercebidamente, os operadores do Direito. Traduz-se em uma “paralinguagem”, situada depois dos significantes e dos sistemas de significação dominantes, que ele serve de forma sutil, para estabelecer a “realidade” jurídica dominante. É o local dos “segredos”.<sup>224</sup>

O sentido comum teórico se constitui em um conjunto de crenças e práticas que, sob a máscara da *communis opinio doctorum*, “propiciam que os juristas conheçam de modo confortável e acrítico o significado das palavras, das categorias e das próprias atividades jurídicas, o que faz do exercício do operador jurídico um mero *habitus*”.<sup>225</sup>

Segundo Warat, o sentido comum teórico dos juristas exerce quatro funções: I) normativa, mediante a qual os juristas atribuem sentido aos textos legais; II) ideológica, que cumpre o papel de socialização, homogeneizando valores sociais e jurídicos, de anulação da função social e histórica do Direito e de projeção axiológica, ao apresentar como ética e socialmente necessários os deveres jurídicos; III) retórica, que efetiva a função ideológica, operando como condição retórica de sentido e, por fim, IV) política, que deriva das demais e se expressa pela tendência do saber acumulado em reassegurar as relações de poder.<sup>226</sup>

A partir dessas premissas estabelecidas por Warat, percebe-se que a relação dos juristas com a lei, com o texto normativo, e com o Direito não é significativa. Isso graças ao

<sup>222</sup> STRECK, 1999, p. 76.

<sup>223</sup> STRECK, 1999, p. 51.

<sup>224</sup> STRECK, loc. cit.

<sup>225</sup> STRECK, loc. cit.

<sup>226</sup> STRECK, 1999, p. 52.

sentido comum teórico presente no ato de conhecer. A significação dada via sentido comum teórico contém um conhecimento axiológico que reproduz valores, sem porém, explicá-los. O que conduz ao conformismo entre os juristas.<sup>227</sup>

Isso explica o porquê das dificuldades para obtenção de respostas a perguntas que tratem do significado do dispositivo que estabelece a igualdade de todos perante a lei ou que versem sobre o significado de *pacta sunt servanda* em determinados conflitos<sup>228</sup>. Também explica a dificuldade de se encontrar respostas para a questão do presente trabalho: é prescritível a ação de ressarcimento ao erário?

Também se atribui ao sentido comum teórico a problemática da aceitabilidade de discussões que versam sobre e a partir da lei, ignorando-se a própria lei, como se esta fosse posta por uma espécie de legislador onisciente e perfeito. O sentido comum teórico busca respostas, não se interessando pelo conteúdo ou fundamento delas. Dando continuidade a um eterno não pensar, colocando tudo sob a sombra da consciência de alguns intérpretes, transformando-os em “guardiões” da república e da democracia.

O Direito se torna abstrato, ou seja, definido em termos jurídicos que são decifráveis apenas juridicamente. Graças a isso, os fenômenos sociais que chegam ao judiciário são analisados abstratamente, como se fossem meras abstrações jurídicas.

*Mutatis, mutandis*, isto significa dizer que os conflitos sociais não entram nos fóruns e nos tribunais, graças às barreiras criadas pelo discurso (censor) produzido pela dogmática jurídica dominante. Nesse sentido, pode-se dizer que ocorre uma espécie de “coisificação” (*objetificação*) das relações jurídicas.<sup>229</sup>

O positivismo fracassou ao tentar vencer a discricionariedade. As demais teorias que apostam numa filosofia da consciência também o fazem, de maneira ainda mais escancarada. Como o visto, entretanto, mesmo depois do avanço das teses antimetafísicas, os juristas continuam “tropeçando” na discricionariedade.

### 3.5. Pós-positivismo como superação da discricionariedade

Para se realizar uma teoria pós-positivista, ou seja, que supera o positivismo, é preciso superar também aquilo que o sustenta: o primado epistemológico do sujeito e o solipsismo teórico da filosofia da consciência. Apenas com a superação dessas teses, que

<sup>227</sup> STRECK, loc. cit.

<sup>228</sup> STRECK, 1999, p. 53.

<sup>229</sup> STRECK, 1999, p. 58.



apostam no esquema sujeito-objeto, é que será possível se livrar das armadilhas positivistas.<sup>230</sup>

Para uma teoria pós-positivista, dois elementos são essenciais: I) “ter a compreensão do nível teórico sob o qual estão assentadas as projeções teóricas efetuadas, ou seja, uma teoria pós-positivista não pode fazer uso de mixagens teóricas”<sup>231</sup> e II) “enfrentar o problema do solipsismo epistemológico que unifica todas as formas de positivismo”<sup>232</sup>.

Importa destacar que, quando se critica o “solipsismo” ou as interpretações conforme a consciência, tem-se em mente a tese de que as decisões – interpretações – não devem ser tomadas a partir de critérios pessoais, ou seja, a partir da consciência psicologista.<sup>233</sup>

A hermenêutica representa um espaço no qual se pode pensar adequadamente, livre tanto das amarras do sujeito onde reside a razão prática como das posturas que buscam substituir esse sujeito por estruturas ou sistemas.<sup>234</sup>

O enfrentamento do positivismo e de suas condições de possibilidade é tarefa constante, pois ainda são muito presentes, no pensamento dos juristas, equívocos nas construções epistêmicas atuais. Esses equívocos são decorrentes do uso aleatório de autores que compõe o chamado pós-positivismo. O caráter normativo dos princípios, que é reivindicado pelas teorias pós-positivistas, não pode dar azo para a discricionariedade, uma vez que assim o grande problema do positivismo continuaria presente.<sup>235</sup>

Quer-se dizer, com isso, que a tese da abertura semântica dos princípios, com a qual trabalham a teoria da argumentação e outras sem filiação a matrizes teóricas definidas, não se compatibiliza com o modelo pós-positivista de Direito.<sup>236</sup>

Não é demais reforçar que a superação do positivismo implica no enfrentamento da discricionariedade ou, também poderíamos falar, no enfrentamento do solipsismo da razão prática.

As teorias do Direito e da Constituição que presem pela democracia e a concretização dos direitos fundamentais-sociais previstos constitucionalmente, precisam de um conjunto de princípios que tenham o escopo de estabelecer padrões hermenêuticos com a

---

<sup>230</sup> STRECK, 2013, p. 105.

<sup>231</sup> STRECK, loc. cit.

<sup>232</sup> STRECK, loc. cit.

<sup>233</sup> STRECK, 2013, p. 117.

<sup>234</sup> STRECK, 2013, pp. 105-106.

<sup>235</sup> STRECK, loc. cit.

<sup>236</sup> STRECK, loc. cit.

finalidade de: I) preservar a autonomia do Direito; II) estabelecer condições hermenêuticas para a efetivação do controle da interpretação constitucional (implicação de limites às decisões judiciais); III) garantir o respeito e a integridade do Direito; IV) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais e V) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que existam condições para aferir se a resposta está ou não constitucionalmente adequada.<sup>237</sup>

Lenio Streck propõe uma tese cujo substrato é uma simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin, afirmando que a resposta (decisão) não é a única nem a melhor, mas se trata de uma resposta adequada à Constituição.<sup>238</sup>

A resposta, sob pena de ferir o “princípio democrático”, não pode depender da consciência do juiz (ou intérprete), do livre convencimento ou da busca da “verdade real”, isso para citar apenas alguns dos artifícios utilizados para mascarar a discricionariedade do intérprete ou do julgador.<sup>239</sup>

O intérprete não pode escolher a interpretação apenas por ser a que melhor lhe convenha, da mesma forma que o juiz não pode escolher como manda sua consciência. Ambos devem decidir mediante o comprometimento com aquilo que os antecipa. “Não há decisão que parta do ‘grau zero de sentido’”.<sup>240</sup>

Tanto Gadamer como Dworkin, cada um a seu modo, buscam controlar o subjetivismo e a subjetividade solipsista “a partir da tradição, do não relativismo, do círculo hermenêutico, da diferença ontológica, do respeito à integridade e da coerência do Direito”. Assim, ambas as teorias são fundamentalmente antimetafísicas, uma vez que “rejeitam, peremptoriamente, os diversos dualismos que a tradição (metafísica) nos legou desde *Platão* (a principal delas é a incindibilidade entre interpretação e aplicação, pregadas tanto por Dworkin como por *Gadamer*)”.<sup>241</sup>

Ambos os autores também concordam sobre a possibilidade de distinção entre boas e más decisões (pré-juízos autênticos/legítimos e inautênticos/ilegítimos).

Numa palavra: a resposta correta (*adequada a Constituição e não à consciência do intérprete*) tem um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc* [...]. Haverá coerência se os mesmo princípios que forem aplicados nas decisões forem aplicados

<sup>237</sup> STRECK, 2013, pp. 106/107.

<sup>238</sup> STRECK, 2013, p. 107.

<sup>239</sup> STRECK, loc. cit.

<sup>240</sup> STRECK, 2013, p. 108.

<sup>241</sup> STRECK, 2013, p. 109.

para outros casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição.<sup>242</sup>

Gadamer, magistralmente, decretou o fim do paradigma da filosofia da consciência, mas isso não significa que seja possível “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa” ou “qualquer coisa que a consciência nos ‘impõe’”. Ao contrário, se o método se colocava como terceira coisa entre o sujeito e o objeto, sendo manipulável pelo sujeito solipsista, “a intersubjetividade que se instaura com o *linguistic turn* exige que, no interior da própria linguagem, seja feito o necessário controle hermenêutico”.<sup>243</sup>

Combater a discricionariedade, o ativismo, o positivismo fático etc., que são todos faces do subjetivismo, significa levar o texto a sério, ou seja, respeitar a Constituição Federal e a legislação democraticamente constituída. Portanto não será o intérprete que, com sua própria concepção de mundo, fará correções morais de leis “defeituosas”.<sup>244</sup>

Nesse sentido, a correta concepção do que é um “princípio constitucional” assume grande relevância, pois ele introduz o mundo prático no Direito, torna cotidiana a regra, é a desabstratização.<sup>245</sup>

A regra jurídica não trata de uma situação concreta. “Matar alguém”, por exemplo, não diz respeito a um homicídio, mas sim de como devem ser tratados os casos em que alguém tira a vida de outrem.<sup>246</sup>

É nesse sentido que o princípio individualiza a *applicatio*. Princípio é, assim – insisto-, a realização da *applicatio*. O direito não cabe na regra, assim como as inúmeras hipóteses de aplicação do art. 97 da CF não cabem na súmula vinculante nº 10 do STF; tampouco os casos de uso abusivo de algemas cabem na súmula vinculante nº 11. Do mesmo modo, as inúmeras hipóteses de legítima defesa não cabem no enunciado jurisprudencial “legítima defesa não se mede milimetricamente”. Somente a reconstrução da situação concreta de um determinado caso dará significatividade (*Bedeutsamkeit*) ao precedente ou à regra. Em síntese, é esse o papel dos princípios.<sup>247</sup>

Ainda nesse sentido:

Há uma principiologia constitucional que garante a continuidade da democracia, mesmo que os princípios não tenham visibilidade ôntica. Ora, o direito possui uma dimensão interpretativa. Essa dimensão implica o *dever de atribuir às práticas jurídicas o melhor sentido possível para o direito de uma comunidade política*. A integridade e a coerência garantem o DNA do direito nesse novo paradigma. Para ser mais claro, quero dizer com isso que, em última *ratio*, levando em conta as inexoráveis possibilidades de o Parlamento aprovar leis ou emendas constitucionais

<sup>242</sup> STRECK, 2013, p. 111.

<sup>243</sup> STRECK, loc. cit.

<sup>244</sup> STRECK, 2013, p. 112.

<sup>245</sup> STRECK, 2013, p. 113.

<sup>246</sup> STRECK, loc. cit.

<sup>247</sup> STRECK, loc. cit.

“de ocasião”, a *jurisdição constitucional deve se constituir na garantia daquilo que é o cerne do pacto constituinte de 1988*. Entretanto, isso não depende (e não pode depender) da visão solipsista de juízes ou Tribunais. Depende(rá), sim, daquilo que se convencionou denominar de “sentimento constitucional”.<sup>248</sup>

O ponto nodal da superação do positivismo está na teoria da decisão – interpretação. Desse modo, a discussão do Direito e de suas possibilidades democráticas está fortemente ligada à discussão dos paradigmas filosóficos que conformam o modo de ser do jurista.<sup>249</sup>

A aplicação do Direito é uma garantia fundamental para a manutenção e fortalecimento da democracia, bem como para o desenvolvimento social. Ainda mais sendo a própria constituição que estabelece como “deve ser” a construção do Estado Social.<sup>250</sup>

O Direito não se resume ao que o judiciário diz. Não é mais possível que se diga que sentença vem de *sentire*. Os juízes, bem como os intérpretes em geral, “todos estão já sempre e necessariamente vinculados e sustentados por um processo de compreensão que envolve o surgimento de qualquer enunciado teórico no Direito”<sup>251</sup>.

Há, portanto, uma circularidade que se desconhece entre o movimento interno do universo jurídico em sua constituição e aqueles que querem fazer de conta que estão fora do círculo e podem decidir, discutir, aplicar, explicar elementos que constituem estruturas e instâncias incorporadas pela dogmática jurídica.<sup>252</sup>

Segundo Lenio Luiz Streck, embora as tentativas de autonomização dos critérios interpretativos tenham fracassado, uma vez que não é possível se construir uma “teoria geral dos princípios”, isso não significa que a interpretação do Direito ficará à mercê de procedimentos *ad hoc* ou de “atitudes pragmatistas”.<sup>253</sup>

Para tanto, o autor propõe um conjunto mínimo de princípios (hermenêuticos) a serem seguidos, os quais têm como fundamento a historicidade da compreensão e a sedimentação dessa principiologia. Esses princípios se manifestam somente quando colocados em um âmbito de reflexão prático-concreto, pois representam um contexto de significações históricas compartilhadas por uma determinada comunidade política, uma vez que apontam para além dos diversos princípios, subprincípios, pontos de vista, *standardts* interpretativos, postulados etc., tais como:

[...] a inviolabilidade da Constituição, da vinculação do direito, da rigidez do direito constitucional, da segurança jurídica, da delimitação normatizada de funções, da

<sup>248</sup> STRECK, 2013, p. 114.

<sup>249</sup> STRECK, loc. cit.

<sup>250</sup> STRECK, 2013, p. 115.

<sup>251</sup> STRECK, 2013, p. 118.

<sup>252</sup> STRECK, loc. cit.

<sup>253</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**, 1ª ed. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, p. 78, 2014.

unidade da Constituição, do efeito integrador, da máxima efetividade, da conformidade funcional, da concordância prática, da força normativa da Constituição e da interpretação conforme, para citar apenas os principais.<sup>254</sup>

### 3.5.1. Preservação da autonomia do Direito

Streck situa o princípio da autonomia do Direito como “mais do que sustentáculo do Estado democrático”<sup>255</sup>, sendo sua própria condição de possibilidade, “unindo, conteudisticamente, a visão interna e a visão externa do Direito”<sup>256</sup>.

Nesse novo paradigma, o direito deve ser compreendido no contexto de uma crescente autonomização, alcançada diante dos fracassos da falta de controle da e sobre a política. A Constituição é, assim, a manifestação deste (acentuado) grau de autonomia do direito, devendo este ser entendido na sua dimensão autônoma face às outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral (e aqui há que se ter especial atenção, uma vez que a moral tem sido utilizada como a “*porta de entrada*” dos discursos adjudicadores *com pretensões corretivas do direito*, trazendo consigo a política e a análise econômica do direito; é nesse contexto em que deve ser vista a “retomada” da moral pelo direito, a partir daquilo que Habermas tão bem denominada de *cooriginalidade*. Essa autonomização dá-se no contexto histórico do século XX, tendo atingido o seu auge com a elaboração das Constituições do segundo pós-guerra.<sup>257</sup>

Assim, a Constituição é manifestação do grau de autonomia do Direito, sendo que tal autonomia é entendida como ordem de validade, representada pela forma normativa de um Direito produzido democraticamente. Sendo assim, a Constituição Federal não seria meramente um documento político, de cunho declarativo, pessoal ou partidarista, mas é o seu conteúdo jurídico que institucionaliza os campos intercambiáveis, como a política, a economia e a moral.<sup>258</sup>

Por isso é que o jurídico não é aquilo que a jurisdição diz que é. Se assim se admitir, corre-se o risco de suprimir a democracia, *substituindo-se a vontade geral pelo governo dos juízes*. Ou seja, a autonomia do direito é exatamente o elemento que se coloca no entremeio desses dois polos. Trata-se, pois, de uma *aposta na Constituição* como fio condutor dessa intermediação, cuja interpretação deve ser controlada hermeneuticamente.<sup>259</sup>

A questão da autonomia do Direito tem relação, portanto, com a compatibilidade entre “democracia-constitucionalismo”, havendo, na tensão entre a legislação e a jurisdição, um crescente descolamento em direção desta última<sup>260</sup>.

<sup>254</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, op. cit., p. 94.

<sup>255</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, op. cit., p. 78.

<sup>256</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>257</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, op. cit., p. 79.

<sup>258</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>259</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>260</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

As tentativas de garantir a especificidade do Direito ante a política, nos diversos modelos positivistas, sempre se baseou em processos lógico-formais, “que procuravam tirar o conteúdo político do Direito no âmbito de uma teoria da legislação” <sup>261</sup>.

Ocorre que a lei não é ato jurídico por excelência, mas, muito pelo contrário, é nela que se apresenta uma “quase identidade entre Direito e política (compreendida *lato sensu*, englobando economia, moral, etc.)” <sup>262</sup>.

A autonomia do direito fundamenta-se a partir de uma teoria da decisão judicial que comporta, por sua vez, uma teoria da jurisdição judicial e uma teoria da controvérsia judicial, como bem mostra Dworking, em *Taking Right Seriously*. Colocando a teoria da decisão judicial como eixo temático, tem-se por instalada uma reflexão concreta, livre das abstrações semânticas que sustentam o positivismo e, ao mesmo tempo, alocada/alçada no horizonte correto para que se torne possível encontrar os traços especificamente jurídicos da experiência humana concreta. <sup>263</sup>

Autonomia não é formal, mas sim material, ela se liga ao mundo prático institucionalizado no texto constitucional, que é representado pela historicidade trazida para dentro deste texto constitucional. A todo tempo, novamente está-se a tratar de uma questão paradigmática. <sup>264</sup>

### 3.5.2. Controle hermenêutico da interpretação constitucional

A autonomia conquistada pelo Direito, para que permaneça íntegra, necessita de proteção contra o desequilíbrio da tensão existente entre legislação e jurisdição. Portanto, a autonomia do Direito e sua ligação com a dicotomia “democracia-constitucionalismo” exigem da teoria constitucional uma reflexão de cunho hermenêutico. <sup>265</sup>

O limite da interpretação do Direito é questão presente nas diversas teorias construídas contemporaneamente (Peter Häberle, Ronald Dworking, Robert Alexy, Neil MacCormick, por exemplo). Mas é claro que o fato de não existir um método que possa dar garantia à “correção” do processo interpretativo não autoriza o intérprete a escolher o sentido que lhe aprouver, ou seja, a discricionariedade. <sup>266</sup>

É preciso compreender que a delegação em favor do juiz do “preenchimento” da “zona de incerteza” é uma institucionalização do positivismo, que funciona como poder *arbitrário* no interior de uma *pretensa discricionariedade*. Não se pode

<sup>261</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>262</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>263</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>264</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>265</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>266</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

esquecer, aqui, que a “zona de incerteza” (ou as especificidades em que ocorrem os “casos difíceis”) pode ser fruto de uma “construção ideológica” desse mesmo juiz, que, *ad libitum*, aumenta o espaço de incerteza, aumentando, assim, o seu espaço de “discrecionariedade”.<sup>267</sup>

A discrecionariedade do intérprete, privilegiando a “opção” deste, acaba por deixar de lado as “opções” dos outros interessados, “cujos direitos ficam à mercê de uma atribuição de sentido, muitas vezes decorrentes de discursos exógenos, não devidamente filtrados na conformidade com os limites impostos pela autonomia do Direito”<sup>268</sup>.

Tem-se, assim, que a discrecionariedade judicial abre espaço para arbitrariedades, que ferem a democracia e, conseqüentemente, o constitucionalismo, ao tempo em que desprestigiam a autonomia do Direito em favor da “opção” do julgador. Isso porque a norma, que se relaciona com seu texto, foi produzida legitimamente, ao passo que a norma discrecionária, retirada tão só de uma “opção” feita pelo intérprete, não foi.

Nesse sentido, é preciso compreender a crítica de Dworkin ao positivismo discrecionário de Herbert Hart. Veja-se:

A principal diferença entre os sentidos forte e fraco da discrecionariedade de que fala Dworkin reside no fato de que, em seu sentido forte, a discrecionariedade implica a incontrolabilidade da decisão segundo um padrão antecipadamente estabelecido. Neste caso, *alguém que possua poder discrecionário em seu sentido forte pode ser criticado, mas não pode ser considerado “desobediente”*. Não se pode dizer que ele cometeu um erro em seu julgamento, porque este está legitimado pela ideia de discrecionariedade judicial. Esta é a tese do positivismo. E é nesse sentido forte da discrecionariedade que Dworkin assenta sua crítica ao positivismo hartiano. A todo tempo a colocação do problema da discrecionariedade judicial nos leva, necessariamente, até Ronald Dworkin e seu célebre debate com o positivismo de Herbert Hart (assim como o de Kelsen, cujo voluntarismo carrega, em suas entranhas, a discrecionariedade judicial no sentido forte).<sup>269</sup>

Por isso se afirma que quando o intérprete atribui sentido ao texto, não se quer dizer que ele está autorizado para atribuir sentidos de forma discrecionária / arbitrária.

Tanto é assim, que a força normativa da Constituição, conquistada no segundo pós-guerra, pode ser fragilizada ou até mesmo anulada pelo crescente aumento das posturas pragmatistas “que, a pretexto de superar o ‘ultrapassado’ silogismo dedutivista do paradigma liberal-formal-burguês, vêm deslocando o *locus* do sentido do texto – que representa a produção democrática do Direito –, na direção do protagonismo (acionalista-indutivista) do intérprete”<sup>270</sup>.

<sup>267</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>268</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, op. cit., p. 80.

<sup>269</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, op. cit., p. 81.

<sup>270</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, op. cit., p. 80.

A autonomia do Direito, “ou o grau de autonomia atingido pelo Direito produzido democraticamente no interior do novo paradigma” <sup>271</sup>, não pode ser prejudicada ante a filosófica da consciência, visão simplista que sempre se buscou superar. <sup>272</sup>

O pragmatismo político-jurídico que vem colocando, historicamente, o Direito em permanente “estado de exceção” representa o declínio do “império do Direito”. Ele vem através de diversas teses, como algumas que apostam na análise econômica do Direito, como se o Direito não possuísse “DNA”, distanciando-o da tradição, como se esta não fizesse, nele, sentido. Desse modo, o Direito serviria apenas para satisfazer, de forma utilitária, às necessidades “sociais” dos grupos hegemônicos, deixando-se de lado exatamente a parcela do Direito Constitucional que tem compromisso em resgatar as promessas não cumpridas da modernidade. <sup>273</sup>

Uma das teses pragmatistas é de que o Direito é essencialmente indeterminado, aproximando-se das diversas matrizes positivistas (teorias semânticas em geral), as quais apostam em elevados graus de discricionariedade. <sup>274</sup>

Daí a importância da hermenêutica no Estado Democrático de Direito, no qual se aposta na Constituição como “instância da autonomia do Direito para delimitar a transformação das relações jurídico-institucionais, protegendo-as do constante perigo de exceção” <sup>275</sup>.

Disso tudo é possível dizer que tanto o velho discricionarismo positivista quanto o pragmatismo fundado no declínio do direito têm algo em comum: o déficit democrático. Isso porque, se a grande conquista do século XX foi o alcance de um direito transformador das relações sociais, a esta altura da história é um retrocesso reforçar / acentuar formas de exercício de poder fundados na possibilidade de atribuição dos sentidos de forma discricionária, circunstância que conduz, inexoravelmente, às arbitrariedades, soçobrando, com isso, a própria Constituição. É nesse contexto que se afigura imprescindível uma principiologia apta, ao mesmo tempo, a “proteger” e a concretizar o direito. <sup>276</sup>

Autonomia do Direito aposta na determinabilidade dos sentidos como uma das condições para a garantia da própria democracia, já as posturas axiologistas e pragmatistas, da mesma forma que os diversos positivismos *stricto sensu*, apostam na indeterminabilidade. “É

<sup>271</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>272</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>273</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>274</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, op. cit., p. 82.

<sup>275</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>276</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.



por tais caminhos e condicionantes que passam as novas demandas de uma *renovada hermenêutica constitucional*”.<sup>277</sup>

### 3.5.3. Princípio do respeito à integridade e à coerência do Direito

Esse princípio combate as teorias pragmatistas. O respeito à integridade do Direito engloba princípios construídos pela teoria constitucional, tais como o *princípio da unidade da Constituição*, o *princípio da concordância prática entre as normas ou da harmonização*, o *princípio da eficácia integradora*, o *princípio integrativo ou científico-espiritual* (Paulo Bonavides) e o *princípio da proporcionalidade*. A sua funcionalidade ainda depende da *necessidade de fundamentação das decisões*, que se constitui em dever fundamental do juiz, ao passo que Direito fundamental do cidadão.<sup>278</sup>

Desse modo, o princípio do respeito à integridade e à coerência do Direito afasta tanto o ponto de vista objetivista, segundo o qual “o texto carrega consigo sua própria norma”, como o ponto de vista subjetivista-pragmatista, para o qual a norma pode subjugar o texto.<sup>279</sup>

Na verdade, a tese hermenêutica da integridade coloca-se contra os dois polos do positivismo – e a feliz observação é de Blackburn (*Verdade, op. Cit. P. 251*): um polo é a visão positivista de que a prática legal é inteiramente ditada por fatos preexistentes, tal como estatutos e decisões em letra gótica que estão, por assim dizer, na folha, ou “simplesmente seja lá como for”; o outro polo, confusamente chamado de “realismo” na filosofia do direito, é, no fundo, o ponto de vista subjetivo ou puramente pragmático, segundo o qual o que os juízes e advogados fazem a nada corresponde, exceto às próprias percepções que eles têm das necessidades momentâneas da sociedade (ou até mesmo apenas às próprias necessidades dos juízes).<sup>280</sup>

Segundo Dworkin, citado por Lenio Luiz Streck, o respeito à integridade impõe a necessidade de um sistema jurídico uno e coerente, com vistas a um tratamento equânime (*fairness*). “Essa circunstância, aliás, assume especial relevância nos sistemas jurídicos como o do Brasil, em que os princípio constitucionais transformam *em obrigação* um ideal moral da sociedade (lembrando, sobretudo, para tanto, o dizer de Ralf Dreyer)”<sup>281</sup>.

Daí é possível compreender a importância das decisões em sede de jurisdição constitucional, uma vez que estas têm o condão de estabelecer o julgamento de casos similares. Sendo assim, haverá coerência quando os mesmos princípios forem aplicados aos

<sup>277</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>278</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, op. cit., p. 83.

<sup>279</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>280</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>281</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

casos idênticos. Ficando assegurada a integridade do Direito a partir da força normativa da Constituição. Assim, a decisão adequada à constituição é aquela em que há o efetivo respeito à integridade e à coerência, de modo que a decisão não é “opção política por valores”.<sup>282</sup>

É necessário esclarecer, neste ponto, que quando se fala em integridade, “trata-se de superar as teses convencionalistas e pragmatistas a partir da *obrigação de os juízes respeitarem a integridade do direito e aplicá-lo corretamente*”<sup>283</sup>. O Direito jamais pode se desvincular da atividade interpretativa, que se dá através das próprias regras e princípios, prática comandada pela Constituição. Falar que as palavras da lei contém vaguezas e ambiguidades não é novidade, o que é necessário entender, contudo, é que:

a aplicação destes textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende de uma subjetividade assujeitadora (esquema direito-objeto que sustenta a filosofia da consciência), como se os sentidos a serem atribuídos fossem frutos da vontade (do poder) do intérprete. Definitivamente, o aplicador do direito não é o “proprietário dos sentidos”.<sup>284</sup>

#### 3.5.4. Dever fundamental de justificar as decisões

Considerando que a hermenêutica deve levar em consideração o texto normativo que foi construído em um Estado Democrático de Direito, é conclusão lógica que à sociedade é primordial que sejam apresentadas as razões pelas quais o juiz ou o tribunal toma suas decisões.<sup>285</sup>

Esse próprio é o teor do art. 93, IX, da CF:

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Destaca-se, por ser ponto importantíssimo, que é a inafastabilidade da fundamentação que faz com que o juiz “não possa impor um conteúdo moral atemporal ou a-histórico”<sup>286</sup>.

Pelo dever fundamental de justificar as decisões, pode-se discutir o Direito a partir da historicidade de cada ato hermenêutico-interpretativo, pois o dever de fundamentar evita a-

<sup>282</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>283</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, op. cit., p. 84.

<sup>284</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>285</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>286</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, op. cit., p. 85.

historicidades. Assim, a historicidade da compreensão se constitui em elemento fundamental do dever de fundamentação das decisões, ao passo que também como pressuposto do princípio do direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.<sup>287</sup>

Portanto, a historicidade da compreensão gera, para o intérprete-juiz, uma série de compromissos a serem cumpridos na fundamentação da sua decisão. À medida que o julgador não está isolado dos demais participantes de uma comunidade política e tampouco é um observador privilegiado capaz de acessar os significados universais (por mais difícil que seja a admissão dessa limitação humana), é absolutamente necessário que sua decisão explicita os vínculos que necessariamente ela – a decisão – mantém com a tradição, enfim, com a história da qual ela se compreende como efeito.<sup>288</sup>

Isso não representa a impossibilidade de rupturas que uma nova interpretação possa causar com relação à história que a possibilitou, tal é uma característica do processo hermenêutico, pois o círculo da compreensão não se dá de modo vicioso, mas sim virtuoso, agregando novas possibilidades de sentido quando esta se compreende como efeito da história. Ocorre que tais rupturas deverão passar por um processo de justificação, a qual terá o condão de justificar a decisão que foi tomada, a qual, por sua vez, possibilitará que outra decisão futura a utiliza para oferecer uma solução jurídica para outros casos concretos, justificando, mais uma vez, qualquer ruptura com relação a uma decisão anterior numa cadeia constante que, com Dworkin, poderíamos comparar à descrição do direito como *integridade*, especialmente quanto as questões relativas à integridade e história e à cadeia do Direito.<sup>289</sup>

A historicidade da compreensão também tem a capacidade de esclarecer o significado paradigmático dos princípios jurídico-constitucionais.<sup>290</sup>

O resgate do mundo prático (facticidade) efetuado por tais princípios (porque os princípios são a transcendência da regra) e a sua importância antidiscricionária devem ser colocados no nível da historicidade da compreensão para que possam aparecer seus contornos diferenciais em relação às demais manifestações principiológicas que verificamos no âmbito da teoria do direito.<sup>291</sup>

Essa consciência histórico-efetual impõe que as decisões sejam fundamentadas em argumentos de princípio, e não de política, sendo esta entendida no sentido apontado por Dworkin: “um tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político, criminal ou social, ainda que certos objetivos

<sup>287</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>288</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>289</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>290</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>291</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas”.<sup>292</sup>

Com isso não se quer retirar o caráter político do Direito, mas sim dizer que não se justificariam decisões cujas bases fossem formadas por meras estratégias econômicas, sociais ou morais. Isso para não deixar com que o Direito seja subjugado pela política, economia, moral etc., transformando-se a hermenêutica em mera disputa retórica.<sup>293</sup>

Já os argumentos baseados em princípios decorrem de um padrão (por isso, princípio) que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, *mas porque é uma exigência de justiça ou direito a tratamento equânime ou alguma outra dimensão da moralidade*.<sup>294</sup>

Faz-se advertência no sentido de que não se excluindo a dimensão pessoal valorativa inerente à atividade compreensiva. O controle da interpretação, a preservação da autonomia do Direito e o dever fundamental de justificar detalhadamente as decisões não implicam em “proibição de interpretar”. Contudo, admitir que cada sujeito possua preferências, escolhas, decisões, gostos ou valores, não é o mesmo que dizer que não possam haver condições de verificação sobre a correção ou veracidade acerca de alguma decisão tomada pelo sujeito-intérprete.<sup>295</sup>

Há sempre um significado do texto, o qual não provém apenas do texto, mas também de uma análise de decisões anteriores, da aplicação coerente de tais decisões e da compatibilidade do texto com a Constituição. “Nesse sentido, o grau de exigência de fundamentação aumentará à medida que essa significação atribuída ao texto se afastar dos “aspectos formais-semânticos” da linguagem do texto”<sup>296</sup>.

A questão assume ainda uma relevância muito maior quando se atenta ao fato que as decisões do Supremo Tribunal Federal não estão sujeitas a qualquer outro controle exterior, pelo que a responsabilidade da doutrina e da comunidade jurídica aumenta sobremaneira.<sup>297</sup>

Em síntese, a interpretação do direito deve levar em conta que há algo que está subentendido no pensamento jurídico: a necessidade de que essa hermenêutica possa garantir que uma universalidade *já sempre em operação*, como forma do modo de nos relacionarmos com os objetos do mundo, não possa, a qualquer momento, vir a ser restringida por especificações exteriores advinda da simples objetificação – *como se a nossa relação com os objetos fosse mediada por um “grau zero de sentido”* –, decorrentes de uma analítica, preocupada simplesmente com a análise de textos ou

<sup>292</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>293</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>294</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, op. cit., pp. 85-86.

<sup>295</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>296</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>297</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

de posturas pragmatistas despreocupadas com a autonomia do direito ou com o mundo prático traduzidos nos princípios constitucionais.<sup>298</sup>

### 3.5.5. Direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada

Esse Direito é, na verdade, consequência da obediência aos demais princípios, quais sejam a autonomia do Direito, a abstenção de discricionariedade e o respeito à coerência e integridade do Direito. Ele guarda, também, estreita relação com o dever fundamental de justificar as decisões e com os princípios de efeito integrador, como a concordância prática ou a harmonização, a máxima efetividade e a interpretação conforme a Constituição.<sup>299</sup>

O direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada, sendo princípio instituidor da relação jurisdição-democracia, tem o escopo de preservar a força normativa da constituição e o caráter deontológico dos princípios. Trata-se de evitar decisões “solipsistas”, apartadas das condições histórico-concretas, em respeito à questão da tradição, da coerência e da integridade do Direito.<sup>300</sup>

Quem está encarregado de interpretar a Constituição a estará concretizando, devendo encontrar um resultado *constitucionalmente justo* (é a expressão de Gomes Canotilho). E esse resultado deve estar justificado, formulado em condições de aferição acerca de estar ou não constitucionalmente adequado.<sup>301</sup>

A decisão constitucionalmente adequada é *applicatio*, a Constituição apenas ocorre enquanto “concretização”, como demonstrado por Friedrich Müller a partir de Gadamer. “Isso porque a interpretação do Direito é um ato de ‘integração’, cuja base é o círculo hermenêutico, sendo que o sentido hermeneuticamente adequado se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição”<sup>302</sup>.

Assim, a resposta não está nos conceitos jurídicos, mas sim no lugar de sua “explicitação”, que não se contenta com fundamentação assertórica/semântica. “(...), a resposta constitucionalmente adequada, *como direito fundamental do cidadão*, é a explicitação das condições de possibilidade a partir das quais é possível desenvolver a ideia do que significa fundamenta e do que significa justificar”.<sup>303</sup>

<sup>298</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, op. cit., pp. 86-87.

<sup>299</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>300</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>301</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>302</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>303</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

Por fim, é necessário dizer que o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada não implica em respostas definitivas, até porque isso seria anti-hermenêutico, devido ao congelamento dos sentidos.<sup>304</sup>

Ou seja, a pretensão a esse tipo de resposta sequer teria condições de garanti-la. Mas o fato de se obedecer à coerência e à integridade do direito, a partir de uma adequada suspensão da pré-compreensão que temos acerca do direito, enfim, dos fenômenos sociais, *por si só já representa o primeiro passo no cumprimento do direito fundamental que cada cidadão tem de obter uma resposta adequada à constituição*. Veja-se, nesse sentido, que Habermas, em seu *Era das transições* (*op. cit.*), embora a partir de uma perspectiva não propriamente próxima à hermenêutica, mas, evidentemente antirrelativista – e esse ponto interessa aos propósitos da hermenêutica aqui trabalhada –, afirma que a busca da resposta correta ou de um resultado correto somente pode advir de um processo de autocorreções reiteradas, que constituem um aprendizado prático e social ao longo da história institucional do direito.<sup>305</sup>

O direito a uma resposta constitucionalmente adequada é mais do que o assentamento de uma perspectiva democrática, é também “produto” filosófico, uma vez que “caudatário de um novo paradigma que ultrapassa o esquema sujeito-objeto predominante nas duas metafísicas (clássica e moderna)”.<sup>306</sup>

### **3.6. Análise da doutrina através da hermenêutica com moldes antimetafísicos de cunho linguístico-fenomenológico**

Tratando-se do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, quando a doutrina é analisada através de um paradigma que considere a relação entre linguagem e interpretação, nos termos construídos pelo desenvolvimento histórico do conceito de linguagem pela filosofia, talvez o que mais salte aos olhos seja um demasiado apego ao pensamento metafísico, ou seja, à crença numa verdade preexistente a ser constatada pelo intérprete que instrumentaliza a linguagem. Parece que existe uma convicção no sentido de que o significado da norma seja dado, de uma vez por todas, no momento de sua promulgação.

À semelhança da teoria de Betti, a dogmática jurídica busca na interpretação a realização do sentido atribuído pelo criador. Atribui-se à figura do legislador o encargo de dar sentido, pois é normal no discurso jurídico-dogmático defender-se a (possibilidade da) busca dos valores do criador da norma, o que justifica dizer que a lei deve expressar a vontade do legislador.<sup>307</sup>

<sup>304</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>305</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>306</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, loc. cit.

<sup>307</sup> STRECK, 1999, p. 90.

É a impressão que se tem com relação à opinião de alguns dos doutrinadores elencados no segundo capítulo. Clito Fornaciare Júnior, Marco Colombelli Mezzomo e Rita Adnréa Rehem Almeida Tourinho, por exemplo, dizem que a imprescritibilidade só pode vir de forma expressa e inequívoca. Essa visão deriva de um raciocínio que parte da ideia de que a norma possui um significado prévio, colocado nela desde sua concepção, podendo ser mais ou menos evidente, e que deve ser desvendado pelo intérprete. Percebe-se que os autores não consideram que o sentido da lei é construído no momento de sua interpretação, vencendo-se os preconceitos ilegítimos.

Parece haver uma crença na existência de normas que não precisam ser interpretadas, por serem tão “expressas” ou “evidentes”. Ora, existe quem diga que o art. 37, § 5º, da CF, é claro ao prever a imprescritibilidade, e aí? Aí está a falácia em acreditar na distinção entre as normas que são “claras” e as que não são. Conforme foi visto, o modo de ser do ser humano é a interpretação, e até o seu sentido mais bruto está sujeito aos preconceitos.

Em consequência disso, a interpretação parece se transformar em um jogo de cartas, pois ainda se acredita na vontade do legislador ou vontade da norma. Fábio Medina Osório, por exemplo, chega a usar o termo “soberana decisão do constituinte”, fundamento pelo qual aponta para a imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, mesmo que a contragosto. Aliás, nessa espécie de pensamento, o legislador sempre é

*Uma figura singular, não obstante os colegiados, etc.; é permanente, pois não desaparece com a passagem do tempo; é único como se todo ordenamento obedecesse uma vontade; é consciente, porque conhece todas as normas que emana; é finalista, pois tem sempre uma intenção; é onisciente, pois nada lhe escapa, sejam eventos passados, futuros ou presente; é onipotente, porque suas normas vigem até que ele mesmo as substitua; é justo, pois jamais quer uma injustiça; é coerente, ainda que se contradiga na prática; é onicompreensivo, pois o ordenamento tudo regula, explícita ou implicitamente; é econômico, ou seja, nunca é redundante; é operativo, pois todas as normas têm aplicabilidade, não havendo normas nem palavras inúteis; e, por último, o legislador é preciso, pois a pesar de se valer de palavras da linguagem natural, vagas e ambíguas, sempre lhes confere um sentido rigorosamente técnico.... É de se perguntar: pode alguém, ainda, acreditar em tais “propriedades” ou “características” do “legislador”? <sup>308</sup>*

Como resultado se tem uma opinião arbitrária juridicamente prevalecente, mediante a busca por um correto sentido da norma. Daí a força das ditas “jurisprudências dominantes” ou “corrente doutrinária dominante” <sup>309</sup>. É o caso de Emerson Garcia que, embora não esquadrinhe os fundamentos de sua opinião, deixa claro que advoga em favor da tese da

<sup>308</sup> STRECK, 1999, pp. 67-68.

<sup>309</sup> STRECK, 1999, p. 69.

imprescritibilidade. Para tanto, o ator apenas diz que é voz corrente o entendimento de que o dispositivo sob análise determina a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário.

Dizer que, se o legislador quisesse dar tal sentido à norma, teria sido expresso, é apelar para o método de análise linguística a partir dos contextos de uso (método do positivismo fático). Lenio Luiz Streck traz contundente crítica, feita por Warat, ao tratamento doutrinário dado ao método interpretativo, que

*sempre ocultou seu compromisso ideológico com as soluções reclamadas pela prática judicial. Sempre ocultou seu funcionamento retórico em face das normas gerais, os fatos e as decisões, jamais os apresentou como um repertório de argumentos que condiciona as diversas atividades comprometidas com o ato de sentenciar – julgar. Por isso, continua, os métodos de interpretação podem ser considerados o *álibi teórico para a emergência das crenças que orientam a aplicação do Direito*.*<sup>310</sup>

Ainda no sentido de tentar a subsunção de um “correto significado da norma”, parecem ser as teses de ilustres juristas como José Afonso da Silva, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Sérgio Monteiro Medeiros, Marcelo Figueiredo, José Adércio Leite Sampaio, José Jairo Gomes, Edilson Pereira Nobre Júnior, Diógenes Gasparini, Celso Bastos e Alexandre de Moraes. É a impressão que se tem. Pode ser, entretanto, que os referidos autores, por não dedicarem muita atenção e folhas ao tema, tiveram a intenção de apenas o tangenciar em suas obras, que trabalham vários outros objetos.

Em todo caso, é necessário que se diga que o Direito deve ser visto em sua complexidade, é temerário demonstrar pretensões em retirar uma conclusão sobre um dispositivo constitucional como se a verdade estivesse ali, apenas esperando ser “descoberta” pelo intérprete, que poderia fazer isso facilmente, sem grande trabalho. Isso em decorrência de uma Constituição que traz em seu bojo um conjunto de direitos e conceitos que compartilham sua história com o próprio desenvolvimento social, os quais vêm sendo interpretados de modo a fortalecer e, ao mesmo tempo, moldar a própria tradição. Muito menos se deve buscar a verdade na psique do legislador, por ser isso impossível, como também foi exposto quando se falou das superações despertadas por Heidegger.

Elody Nassar apresenta um pensamento confuso, de certo modo. A ilustre autora afirma que, na hipótese, há uma colisão entre princípios na qual estão, de um lado, o princípio da necessidade de ressarcimento ao erário e o da indisponibilidade do interesse público, e, de outro, o princípio da estabilidade das relações constituídas no tempo. Conclui então, e aí está o primeiro problema, que seria incumbência dos tribunais firmar o verdadeiro critério.

---

<sup>310</sup> STRECK, 1999, p. 92.



Ora, o significado da norma é construído pelo intérprete, mas não existe um intérprete que possa se apossar da atividade construtiva da verdade como faz parecer a autora. A verdade é construída (interpretada) sim, mas tem existência própria, de modo que a verdade não é o que os tribunais dizem, como se a discussão doutrinária tivesse legitimidade apenas num momento anterior à decisão das cortes. Dizer que a verdade se resume à opinião do juiz é se entregar à discricionariedade, como já foi dissertado quando se falou sobre o positivismo fático.

Quando o critério de veracidade deixa de ser a fundamentação, argumentação ou explicação, apela-se ao senso comum teórico que

é instrumentalizado por uma racionalidade positivista, que atua como fetiche de sua razão cotidiana, além de atuar como mediadora dos conflitos sociais. Exatamente por isso que os operadores do Direito trabalham em uma instância de julgamento e censura – uma espécie de “superapego” da cultura jurídica – *que os impede de produzir decisões autônomas em relação a esse nível censor*. Não conseguem se dar conta do *fumus* ideológico que, de uma forma inexorável, está por detrás de cada interpretação da lei, de cada sentença, enfim, de cada discurso acerca do Direito.<sup>311</sup>

Deixando-se de lado à questão da colisão de princípios, é possível identificar que, no pensamento de Elody Nassar, ainda existe a ideia de que, se a imprescritibilidade fosse uma regra, ela anularia os princípios “contrários” a ela. Isso parte do pressuposto falho de que uma regra não precisa ser interpretada e pode ser cindida do mundo, ou seja, como se fosse possível a interpretação sem a aplicação. Ora, o que se quer dizer é o seguinte: não é porque existe uma norma que determine a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, que o juiz, ao julgar, não pode considerar a situação específica de uma relação jurídica na qual urge a manutenção da estabilidade. Isso porque se sabe que o mundo fático jamais caberá na norma, o que foi uma ilusão do positivismo, já superada. Também aí se manifesta a complexidade do fenômeno jurídico, que sofre com as incessantes tentativas de sua simplificação.

Celso Antônio Bandeira de Mello, no seu segundo posicionamento, raciocina de um modo semelhante. O Direito é pensado de forma abstrata, isolado do ordenamento no momento da “interpretação” e, por fim, maximizado ao grau máximo, quando, então, é constatada sua incoerência frente ao ordenamento. Ocorre que, como visto desde o início deste trabalho, o juiz (intérprete) julgará o (no) caso concreto (a interpretação jamais poderá se afastar da aplicação), devendo também atentar para a integridade e coerência do Direito, de modo que não existiria óbice em levar em consideração qualquer prejuízo à defesa com

---

<sup>311</sup> STRECK, 1999, p. 53.

relação ao tempo transcorrido, se fosse o caso ante ao ordenamento. Lembrando-se, por fim, que o ônus probatório é incumbência do Ministério Público e não se poderia exigir da Administração o que é impossível.

Aparenta que o autor deseja um conceito que abarque todos os casos e, quando assim não o faz, deve ser descartado. Importa destacar, entretanto, como um contraponto ao distinto autor, que

“conceitos” que tenham a pretensão de abarcar, de antemão, todas as hipóteses de aplicação, *nada mais fazem do que reduzir a interpretação a um processo analítico*, que se caracteriza pelo emprego “sistemático” da análise lógica da linguagem, buscando descobrir o significado dos vocábulos e dos enunciados, tornando-a refém daquilo que Dworkin chama de “agulhão semântico”.<sup>312</sup>

Por fim, é necessário frisar que a análise feita no presente capítulo não tem a intenção de desprestigiar os autores, dentre os quais alguns foram utilizados até na confecção do primeiro capítulo. Muito pelo contrário, os ilustres mestres foram aqui escolhido por seu brilhantismo acadêmico.

A análise realizada neste trabalho tem apenas a humilde pretensão de servir ao progresso e aprofundamento dos debates sobre o tema, prestando-se a ser tanto crítica quanto objeto desta. Discussão sempre valorizada por tratar de assunto de grande importância tanto frente ao Direito como à sociedade, se é que um já não abarca o outro.

---

<sup>312</sup> CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, op. cit., p. 77.

## CONCLUSÃO

No primeiro capítulo, explorou-se a definição do instituto da prescrição. Historicamente, sabe-se que a prescrição surgiu com o escopo de proporcionar a estabilidade das relações jurídicas e, assim, consumir a influência do tempo também sobre o Direito. Influência esta que produz importantes efeitos para a vida em sociedade, como a desnecessidade de se guardar documentos por um período de tempo infinito e a impossibilidade do sujeito poder sofrer indefinidamente alguma ação de reivindicação, por exemplo.

À primeira vista, considerando a importância e generalidade do instituto, poder-se-ia imaginar a impossibilidade de pretensões imprescritíveis. Esse entendimento, contudo, já foi refutado pela própria doutrina civilista, que aponta várias pretensões que não se sujeitam a algum prazo prescricional.

Neste mesmo capítulo, ainda foi dissertado sobre a questão da prescritibilidade no Direito Administrativo, que pode ocorrer em quatro hipóteses: I) prescrição da pretensão do administrado a pleitear direito na via administrativa; II) prescrição de ações judiciais do administrado contra o Poder Público; III) prescrição da possibilidade de a administração prover, ela própria, sobre certa e específica situação e IV) prescrição das ações judiciais contra o administrado.

Quanto à pretensão de o administrado propor ação judicial contra o poder público, verificou-se que sua prescrição ocorre, em regra, em cinco anos. Também prescrevem em cinco anos as seguintes pretensões: I) do administrado pleitear direito na via administrativa; II) do administrado propor ação popular; III) de ressarcimento contra danos causados por pessoa de Direito público ou privado prestadora de serviços públicos; IV) de indenização por danos oriundos de restrições estabelecidas por atos do Poder Público; V) do Poder Público cobrar débitos tributários; VI) da Administração Pública Federal, direta ou indireta, punir no exercício do poder de polícia; VII) da Administração, por si própria, anular seus atos inválidos dos quais hajam decorrido efeitos favoráveis ao administrado, salvo se for comprovada a má-fé.

Sendo assim, no final dessa primeira seção, concluiu-se que, embora não haja previsão legal expressa quanto ao prazo prescricional para as ações judiciais movidas pelo Poder Público contra o administrado, não é necessário se recorrer ao direito privado, que

possui uma essência inspiradora muito diferente da que informa o Direito Público. Isso em razão do fato de ser notável que a prescrição das pretensões em cinco anos é uma constante nas disposições gerais estatuídas em regras deste ramo do Direito. É possível e mais adequado, portanto, estabelecer o tratamento atribuído ao tema prescricional ou decadencial em regras genéricas próprias do Direito Público.

No segundo capítulo, por sua vez, analisou-se o histórico do tratamento dado pelas constituições à questão da defesa da moralidade administrativa e do ressarcimento ao erário, constatando que nenhuma das constituições anteriores determinou a imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, sendo esta temática uma novidade no Brasil.

Em seguida, foram trazidas as opiniões de diversos e ilustres autores que dissertaram sobre a questão que é objeto deste trabalho. Constatou-se, então, que a doutrina é muito divergente quanto aos fundamentos das teses que apresentam, embora concluam sempre ou pela prescritibilidade, havendo divergência quanto período de tempo, ou pela imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário.

Para o presente trabalho, mais do que a conclusão a qual chegaram os autores, interessou como se deu a construção de cada tese, ou seja, a “fundamentação dos fundamentos”. Importou, num primeiro momento, conhecer o que o autor buscou a partir da leitura do texto, se subsumir uma verdade preexistente ou construir uma verdade mediante a interpretação. Também foi atentado para o modo pelo qual a “verdade” foi buscada, se, para tanto, acreditou-se em algum método ou não. Em síntese, buscou-se mais saber que tipo de verdade o autor buscou e como diz a ter encontrado, marginalizando a crítica à “verdade” encontrada em sua superficialidade.

No terceiro capítulo, como primeiro aporte teórico para análise das opiniões da doutrina, trabalhou-se com as teses de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, que exerceram papel fundamental no desenvolvimento da filosofia da linguagem, rompendo com o pensamento metafísico.

Através da hermenêutica filosófica, demonstrou-se que o modo de ser do ser humano é a interpretação, pois ele sempre está interpretando. Outro ponto fundamental é a tradição, ou seja, o ser humano sempre interpreta através de uma espécie de paradigma composto por suas concepções prévias: seus preconceitos.

Os filósofos demonstraram a falácia que representa o pensamento metafísico na hermenêutica evidenciando que não existe, no texto, uma verdade preexistente a ser

constatada pelo intérprete que instrumentaliza a linguagem. Não existe um ser humano capaz de interpretar a partir de um grau zero de preconceito, de modo que ele pudesse utilizar a linguagem como um mero instrumento.

O ser humano, que vive em seu mundo, já é desde sempre detentor de preconceitos que compõe sua linguagem. Através dessa, nessa, linguagem é que ele compreende o mundo e, quando se trata da interpretação de um texto, é também nela que ele o compreende. Assim, pelo fato da linguagem não ser mera ferramenta disponível ao intérprete, mas sim a própria casa do seu ser, ele não pode se desvincular dela para obter uma verdade objetiva e real através de uma interpretação livre de preconceitos.

Esse é o círculo hermenêutico, do qual é impossível sair. O propósito, contudo, não é sair desse círculo, mas sim distinguir os preconceitos legítimos dos ilegítimos.

Para tanto, o intérprete deve fazer com que o texto fale consigo, partindo da ideia de que o texto procura dizer a verdade, para desenvolver os argumentos presentes nele, questionando sua própria posição (do intérprete). As posições ou preconceitos em conflito existem dentro do horizonte expandido onde acontece a fusão de horizontes. É dentro desse horizonte expandido que a pergunta que trata do assunto sob debate será decidida mediante o descobrimento dos preconceitos legítimos. Gadamer afirma que a mistura de perguntas é aquilo que ele se referia como fusão de horizontes.

O Direito não está alheio à filosofia da linguagem. Os juristas não podem ter a presunção de acreditar poder utilizar da linguagem como mero instrumental para alcançar algum tipo de verdade material preexistente na norma.

O processo hermenêutico, como visto na filosofia da linguagem, tem um caráter produtivo, não se trata de mera reprodução. As palavras da lei não são unívocas, mas sim plurívocas. O sentido da lei é construído no momento de sua interpretação, vencidos os preconceitos ilegítimos mediante a fusão de horizontes.

Quando se adota uma postura positivista, exegética ou normativista, de uma maneira ou de outra, o intérprete estará se entregando a discricionariedade, uma vez que tal pensamento não superou o esquema sujeito-objeto, ainda crê que a linguagem é um terceiro elemento entre o sujeito e o objeto.

De mesmo modo, entregam-se à discricionariedade as teorias da argumentação, que ao concederem um caráter demasiadamente abrangente aos princípios, fundamentam-se, na

verdade, na consciência do intérprete que, sem noção do círculo hermenêutico, interpreta conforme seus preconceitos, ilegítimos ou não.

Para que uma teoria se diga pós-positivista, é necessário que ela vença a discricionariedade e, para tanto, deve reconhecer o círculo hermenêutico em que se encontra o intérprete que, só então, poderá identificar os preconceitos legítimos e construir uma verdade filosoficamente justificada, que, embora não seja única nem eterna, é uma verdade para um dado “mundo” num dado momento.

Embora não se possa ter autonomização dos critérios interpretativos, como uma “teoria geral dos princípios”, isso também significa que a interpretação do Direito ficará a *mercê* de procedimentos *ad hoc* ou de atitudes pragmatistas.

Para tanto, foi proposto um conjunto de princípios hermenêuticos com a finalidade de guiar o intérprete, tendo como fundamentos a historicidade da compreensão e a sedimentação dessa principiologia.

Tais princípios são: I) a preservação da autonomia do Direito; II) o controle hermenêutico da interpretação constitucional; III) o respeito à integridade e à coerência do Direito; IV) o dever de fundamentar as decisões e V) o direito a uma resposta constitucionalmente adequada.

Após trabalhar a filosofia da linguagem e os efeitos de seu reflexo no Direito, trazendo-se, finalmente, um conjunto de princípios aptos a guiar o jurista, distanciando-se também de qualquer método, foi dado um prospecto das opiniões apresentadas pela doutrina, a partir do paradigma da linguagem, que foi trabalhado no transcorrer do texto.

Concluiu-se, que grande parte da doutrina continua presa à relação sujeito-objeto herdada do pensamento metafísico. O apego a uma pretensa abertura semântica propiciada pelos princípios, característico das teorias argumentação, em vez de superar os erros das opiniões baseadas num positivismo exegético ou normativista, continuou a escravizar as opiniões dos intérpretes a respeito do tema.

Por isso é que as discussões parecem não evoluir, permanecem na espera de uma decisão que escolha algum dos argumentos, dando-lhe as forças do senso comum teórico e apaziguando os ânimos, marginalizando o Direito construído historicamente a tanto custo.

## BLIOGRAFIA

**BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2014.

\_\_\_\_\_, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2014.

\_\_\_\_\_, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2014.

\_\_\_\_\_, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2014.

\_\_\_\_\_, **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2014.

\_\_\_\_\_, **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2014.

\_\_\_\_\_, **Constituição Política do Império do Brasil de 1824.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2014.

\_\_\_\_\_, **Emenda Constitucional nº 1.** 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2014.

\_\_\_\_\_, **Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm)>. Acesso em: 27 jun. 2014.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2014.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**: comentários à Lei n. 8.429/92 e legislação complementar. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 644, 2010.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. 1, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS Jr., Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NASSAR, Elody. **Prescrição na administração pública**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**, 25º ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 906.

RAMOS, André de Carvalho; DE PAULA, Allan Versiani; AMARAL, Ana Lúcia; ARAÚJO, Sergei Medeiros; ROTHENBURG, Walter Claudius. **A imprescritibilidade da ação de ressarcimento por danos ao erário**, Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 14 (disponível em: < <http://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes> >).

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**, 2ª ed. Petrópolis: Editora Vozes.



SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 33ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 673.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto: **Decido Conforme a minha consciência?**, 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica (e)m Crise**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. **A prescrição e a Lei de Improbidade Administrativa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3124>>. Acesso em: 24 jun. 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.